



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE
ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DE CANTABRIA)***

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO ACADÉMICO 2019-2020

**VISIÓN GENERAL DEL CONCURSO DE ACREEDORES:
NORMATIVA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA**

**GENERAL VIEW OF SPANISH BANKRUPTCY PROCESS:
LEGISLATION, DOCTRINE AND CASE LAW**

AUTOR: SAMUEL ABASCAL PELAYO

DIRECTOR: VICENTE GOZALO LÓPEZ

RESUMEN.

A lo largo de este trabajo se hará un análisis ordenado y general del trato que da el ordenamiento jurídico español al concurso de acreedores, una visión global de su regulación, tramitación, efectos y consecuencias, así como la aplicación jurisprudencial que los órganos judiciales efectúan.

Es por ello, que la estructura del presente trabajo puede ser definida en cierto como dual, y ello porque se puede discernir una primera parte dedicada al enfoque legislativo del asunto, y una segunda en que se aborda cómo los jueces resuelven con arreglo al marco anterior los supuestos fácticos que el tráfico mercantil español produce.

ABSTRACT.

The main idea of this work is to offer a wide review of the regulation of the insolvency procedure according to the Spanish Law, this work is meant to be a wide view of that phenomenon, its regulation, proceeding, effects and consequences, also the application of these in case law.

Due to the focus of this essay, the structure could be, in certain reason, defined as dual, because it could discerned a part in wich the object is the legislative stipulations, while the other one would be how judges solve, with that legal structure, the problems that Spanish market produce.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
Marco normativo vigente	5
Principios informadores	6
Procedimiento.....	6
SECCIÓN PRIMERA.....	9
El proceso de declaración de concurso.....	9
1.la declaración de concurso voluntario	10
2. La declaración de concurso necesario	10
I. Efectos del concurso sobre el deudor.....	14
II. Efectos sobre los acreedores.....	17
III. Efectos sobre los contratos	20
SECCIÓN II	23
Comunicación.....	23
Informe de la Administración Concursal	24
SECCIÓN III.....	25
Masa Activa.	25
Inventario	26
Impugnación de la lista de acreedores y/o inventario del informe de la administración concursal.....	27
Acción de reducción de la masa activa.....	28
Acciones de reintegración de la masa activa	29
SECCIÓN IV.	32
Masa Pasiva	32
Los créditos contra la masa.....	33
Clasificación de créditos concursales	37
Especial referencia al leasing.....	41
SECCIÓN V	46
La satisfacción de los acreedores: convenio y liquidación	46
El convenio.....	48
La propuesta anticipada de convenio.	49
La tramitación ordinaria del convenio	51
Los efectos del convenio.....	53
Cumplimiento del convenio.	54
Las operaciones de liquidación.....	57
Pago de los créditos	58

SECCIÓN SEXTA.....	61
La responsabilidad concursal	61
Compatibilidad con otras acciones de responsabilidad	64
Ejecución de la sentencia.....	65
JURISPRUDENCIA	66
Sentencia del Tribunal Supremo 191/2018 de 5 de abril	66
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 28 ^a 335/18, 8 junio	70
Sentencia del Tribunal Supremo 574/2017 de 24 de octubre.	76
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 438/2017 de 2 de octubre	77
Sentencia de la Audiencia Provincial, 42/2015, de 16 de febrero.....	80
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid , 345/2018 de 15 de junio.	85
Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Santander 61/2019 de 8 de abril	87
Sentencia del Tribunal Supremo número 279/2019 de 22 mayo.....	88
Sentencia del Tribunal Supremo, 138/2019 de 6 de marzo.	90
Sentencia 99/2019 del Juzgado de lo Mercantil de Gijón, de 29 de marzo	91
Sentencia núm. 3830/2015, de 12 de septiembre, del Tribunal Supremo.....	93
CONCLUSIONES	95
BIBLIOGRAFÍA.....	98

INTRODUCCIÓN

El Derecho concursal puede definirse como el conjunto normativo que regula la situación de crisis económica, aportando soluciones a la misma, bien mediante la reorganización y saneamiento del patrimonio del deudor o bien mediante su liquidación. Como regla general y como consecuencia de la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), el acreedor insatisfecho puede dirigirse individualmente (ejecución singular) contra el patrimonio del deudor para lograr la satisfacción de su crédito a través del procedimiento general de embargo y ejecución (arts. 517 y ss. LEC).

ANTECEDENTES NORMATIVOS

En el régimen anterior a la vigente Ley Concursal 22/2003, el deudor que se encontraba con dificultades para hacer frente al pago de sus obligaciones podía verse abocado a cuatro procedimientos distintos, en función de su condición subjetiva (comerciante o no) y de su finalidad con respecto a la actividad (liquidativa o conservativa).

Para el caso de que fuera comerciante, resultaba aplicable el procedimiento de quiebra (art. 874 y ss. C.com. 1885), previsto para situaciones de insolvencia definitiva y con finalidad liquidativa; o el procedimiento de suspensión de pagos (regulado en la Ley de 26 de julio de 1922, de suspensión de pagos, que se aprobó con carácter "provisional" y permaneció vigente hasta el 1 de septiembre de 2004), previsto para situaciones de iliquidez y cuyo objeto era lograr un convenio con los acreedores de rebaja y/o aplazamiento de créditos.

Por el contrario, tratándose de un deudor civil, el CC regulaba el denominado concurso de acreedores, que tenía finalidad liquidativa, y el procedimiento de quita y espera que, como su propio nombre indica, estaba destinado a lograr un acuerdo con los acreedores de rebaja o aplazamiento de créditos.

Este sistema concursal resultaba inadecuado y anacrónico, por lo que se sucedieron diversos intentos de reforma (Anteproyecto de Ley de concursos y

concordatos de 1959, Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995) que resultaron frustrados.

Finalmente, Ley 22/2003 Concursal deroga los cuatro procedimientos concursales mencionados e instaura el principio de unidad. Existe un único cuerpo legal que establece un sólo procedimiento para todo tipo de deudores y cualquiera que sea la finalidad del mismo (convenio o liquidación). Como regla general, el procedimiento se articula en dos fases. La primera fase, denominada fase común, comienza con la declaración de concurso y termina con la formación de la masa activa (conjunto de bienes y derechos que constituyen el patrimonio del deudor concursado) y la masa pasiva (lista de acreedores que concurren en el concurso). Esta primera fase común puede desembocar en otra de convenio con los acreedores o de liquidación.

Recomendaciones de la Unión Europea

El **informe con fecha de enero de 2011 emitido por la Comisión Europea** intitulado: *Report of the Expert Group. A second chance for entrepreneurs: preventions of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start*. Este informe trata de dar respuesta al alarmante incremento de quiebras sufrido en 2009 y 2010 en la Euro Zona,¹ destacando España como país más afectado, el impacto económico de esta situación se tradujo en la pérdida de 1,7 millones de empleos en 2009, y 1,2 millones en 2010.

El informe, por ello, insta a los Estados Miembros a centrarse e incentivar la denominada “segunda oportunidad” para apoyar el regreso al mercado de los *emprendedores* quebrados de buena fe y por tanto, el fomento de la actividad mercantil. Ahora bien, este informe no pasa por alto que en el equilibrio de intereses en juego, hay que ponderar también el interés del acreedor de satisfacer su crédito.

La **recomendación sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial**, de 12 de marzo 2014. En este texto, la Comisión prosigue en la línea anteriormente descrita, y recomienda a los Estados Miembros establecer un marco legal

¹ The latest data indicate that in the euro zone bankruptcies grew by 5% in 2010 after having grown by 46% in 2009. The deterioration in 2009 came on top of a severe increase in 2008, that saw bankruptcies grow in Spain (+187%), Ireland (+113%), Portugal and Denmark (+67%), Italy (+45%) and the UK (+31%). In terms of total numbers, corporate insolvencies grew 22% in 2009 to 185,111 for Western Europe (EU15 + Norway and Switzerland). This made it the worst year in more than a decade for countries such as Sweden (since 1996), the United Kingdom (since 1993), the United States and Norway (since 1992) and was an all-time negative record for countries such as France, Spain, the Netherlands, Belgium, Switzerland, Austria, Finland, Ireland and Portugal

que (1) permita la reestructuración de las empresas viables con dificultades financieras en una **fase previa a la insolvencia** y (2) ofrezca una **segunda oportunidad a los empresarios** que han caído en concurso por causas ajenas a su honradez y diligencia. Esta idea se inspira en las reestructuraciones que se dieron en la práctica mercantil estadounidense en el contexto de la última crisis económica y que afectaron a empresas del volumen de General Motors o Kodak.

La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, vuelve a incidir en la línea anterior e insta a los Estados Miembro a establecer medidas en sus ordenamientos internos que garanticen que *las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración..*

Marco normativo vigente

El texto normativo de referencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico es la **Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal LO 8/2003 (LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ)**. El apartado 6 en el art. 85 LOPJ, introdujo el concepto de concurso de personas físicas, de esta forma se atribuye la competencia para conocer de los concursos de las personas físicas que no sean empresarios a los Juzgados de Primera Instancia. De esta manera, se libera a los Juzgados de lo Mercantil de los numerosos concursos de personas físicas no empresarias de los que debían ocuparse hasta ahora.

La Ley 22/2003 ha sido modificada en diversas ocasiones por el RDL 3/2009, de 27 de marzo, la Ley 38/2011, de 10 de octubre y la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización) y la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (donde se regulan los efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del deudor y por la que se crean Juzgados de lo Mercantil).

Principios informadores

La finalidad del procedimiento concursal reglamentado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, de lo concursal, encuentra su fundamento en sus precedentes proyectos de Leyes concursales españolas -presentados uno ya al Ministerio de Justicia en su primera versión en el 2001, y otro, al Parlamento en julio de 2002-, es **la mejor tutela del crédito** (satisfacción de los acreedores) a través de diversas vías: sea la liquidación o conservación de la empresa (mediante soluciones negociadas-convenio y un plan de viabilidad o liquidación-plan de pagos).

Un único procedimiento denominado "concurso". La Ley concursal 22/2003, de 9 de julio, se acompaña de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal 8/2003, en materia de Derechos Fundamentales.

Se establecen los **principios de unidad legal, de disciplina y de sistema**.

El principio de **unidad legal** ordena en un único cuerpo legal toda la reglamentación sustantiva y procesal demandada por la realidad concursal, corrigiendo la situación anterior.

Por su lado, el **principio de unidad de disciplina**, implica que, frente a la tradicional preferencia de nuestro Derecho por diferenciar diversos institutos concursales en atención del tipo de persona o entidad afectada o de la clase de insolvencia, se opta por determinar una única institución concursal, que se aplicará a todo tipo de insolvencias y afectados.

Y, por último, la **unidad de sistema** se basa en concentrar en un único texto legal la materia concursal con independencia de que se reconozcan determinadas especialidades.

PROCEDIMIENTO

La Ley Concursal tiende a unificar el procedimiento, ahora bien, contiene dos especialidades:

-Disposición Adicional 2ª ; 2ªbis; y 2ªter. Estas especialidades se aplican, respectivamente, a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades

aseguradora; sociedades deportivas; y a la insolvencia de las empresas concesionarias de obras y servicios públicos, o contratistas de las Administraciones Públicas.

-Procedimiento Abreviado: Su régimen se encuentra en los arts. 190 y 191 LCon, respectivamente. Se contempla para el supuesto de que el análisis de las circunstancias lleve a la conclusión de que el concurso no reviste especial complejidad, la ley entiende como tal que incluya menos de cincuenta acreedores, y se estimen en menos de 5 millones de euros tanto el activo como pasivo.

El legislador prevé que *Cuando el deudor sea una persona natural el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica.*

Las particularidades del procedimiento abreviado son²:

- Los plazos son más breves (así, quince días para la presentación del inventario y un mes para el informe provisional del artículo 75 LC).
- El trámite para la impugnación del inventario y la lista de acreedores varía del ordinario.
- El administrador practicará la comunicación prevista en el art. 95.1 al menos 5 días antes de la presentación de la lista de acreedores.
- En el supuesto de impugnaciones al inventario y de la lista de acreedores, se podrá dar traslado al administrador concursal sin incoar incidente, para que comunique si acepta la pretensión y la incorpora a textos definitivos o si se opone formalmente a la misma, proponiendo a su vez la prueba que considere pertinente.

² THOMSON REUTERS ARANZADI *Practicum Sociedades Mercantiles 2019*, Editorial: Aranzadi Capítulo 31.

-El régimen general ordinario del concurso se encuentra en el artículo 183, que disciplina el procedimiento a través de secciones. El contenido del artículo es el siguiente:

El procedimiento de concurso se dividirá en las siguientes secciones, ordenándose las actuaciones de cada una de ellas en cuantas piezas separadas sean necesarias o convenientes:

1.º La sección primera comprenderá lo relativo a la declaración de concurso, a las medidas cautelares, a la resolución final de la fase común, a la conclusión y, en su caso, a la reapertura del concurso.

2.º La sección segunda comprenderá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores.

3.º La sección tercera comprenderá lo relativo a la determinación de la masa activa, a las autorizaciones para la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción y a las deudas de la masa.

4.º La sección cuarta comprenderá lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos concursales y al pago de los acreedores. En esta sección se incluirán también, en pieza separada, los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o se reanuden contra el concursado.

5.º La sección quinta comprenderá lo relativo al convenio y a la liquidación, incluidos el convenio anticipado y la liquidación anticipada. Número 5.º del artículo 183 redactado por el número ciento cuatro del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012

6.º La sección sexta comprenderá lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos.

A la vista del contenido de este precepto, se procede a comentar pormenorizadamente cada una de las secciones, para así realizar un análisis del procedimiento concursal desde una perspectiva global.

SECCIÓN PRIMERA

El proceso de declaración de concurso

Para que el proceso concursal despliegue los efectos jurídico-materiales que el Ordenamiento vincula a la insolvencia del deudor es preciso la previa declaración judicial de hallarse en tal estado.

Tanto el deudor común como cada uno de los acreedores, al igual que el resto de los legitimados, tienen un derecho potestativo al cambio que se concreta en que la insolvencia del deudor tenga uno de estos dos tratamientos legales: convenio o liquidación. Ahora bien, ni la propuesta de convenio, ni la solución de liquidación patrimonial, tal y como están regulados en la Ley, son "derechos" que pueden tener vigencia o pueden ejercitarse sin la previa declaración judicial del concurso de acreedores.

En el proceso de declaración de concurso cabe distinguir perfectamente dos planos: por una parte, en lo que se refiere al derecho a pedir el cambio jurídico, que supone el concurso, rige de manera absoluta el principio de disposición, lo que supone la imposibilidad que tiene el órgano judicial de declarar el concurso, si no es previamente solicitado por parte legitimada, pero, por otra, este principio no rige en lo referente a los presupuestos objetivo y subjetivo de la declaración de concurso, los cuales quedan, por mandato legal, fuera de la disposición de las partes.

En consecuencia, a partir de la solicitud de concurso a instancia de parte, se inicia una actividad jurisdiccional encaminada a verificar la concurrencia en el caso de las circunstancias que legalmente determinan el estado de insolvencia del deudor y, por tanto, la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso, estableciéndose dos tramitaciones distintas en función de si la solicitud proviene del deudor (concurso voluntario) o por los acreedores u otros legitimados distintos del deudor (concurso necesario).

1.LA DECLARACIÓN DE CONCURSO VOLUNTARIO

Este supuesto destaca por su frecuencia³, su regulación determina el establecimiento de un sistema de comprobación a priori de las distintas formas de insolvencia que el deudor puede alegar (actual o inminente), revistiendo dicha comprobación carácter necesario y no eventual, debiendo preceder en todo caso a la declaración de concurso.

Incumbe al deudor la carga de aportar con su solicitud la documentación dirigida a acreditar su endeudamiento y su estado de insolvencia (art. 2.3 LC), siendo un deber no meramente formal, pues debe suministrarse al Juez toda la información económica precisa para que pueda efectuar el control sobre la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso.

Así, pues, la declaración de concurso a solicitud del deudor no se produce de forma automática, sino que, por el contrario, el Juez debe dictar auto declarando el concurso sólo si, a la vista de la documentación presentada, comprueba la existencia de una situación de fondo de insolvencia actual, determinante del deber del deudor de solicitar el concurso, o inminente, que faculta al deudor a solicitar el concurso

2. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO NECESARIO

Tras la modificación operada en el artículo 15 de la Ley Concursal por Ley 38/2011, en la actualidad coexisten dos trámites distintos para la resolución de la solicitud de concurso necesario.

A) Declaración de concurso sin audiencia del deudor

De conformidad con la redacción del apartado primero del artículo 15 de la Ley Concursal, *cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor (y no por el resto de legitimados para instar un concurso necesario) y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuoso o que hubiere dado lugar a una declaración*

³ Según datos del Consejo General del Poder Judicial emitidos en el Informe de Estadística Anual de Procedimiento Concursal de 2018, el número de concursos voluntarios fue 5.287, mientras que el de concursos necesario fue tan solo 348.

administrativa o judicial de insolvencia, sin especificar tiempo de referencia alguno, el Juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente.

Como puede comprobarse, se contempla una declaración preceptiva del concurso siempre que el acreedor acredite la concurrencia de alguna de esas circunstancias, siendo el contenido de esas circunstancias considerablemente amplio lo que puede ser ciertamente criticable, en la medida en que, si bien son indicios de insolvencia cualificados, no implican necesariamente la insolvencia, presupuesto objeto del concurso de acreedores.

B) Declaración de concurso previo emplazamiento del deudor

Fuera del supuesto anterior, corresponde al acreedor la carga de probar alguno de los demás hechos que pongan de manifiesto la situación de insolvencia, contenidos taxativamente en el artículo 2.4 de la Ley Concursal (*1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. 4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso ; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período ; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades*), sin perjuicio de que el deudor pueda proponer prueba encaminada a negar la existencia de estos hechos.

Así, una vez se le dé traslado de la solicitud al deudor, éste podrá adoptar distintas conductas: allanarse a la pretensión del solicitante, no formular oposición en plazo y oponerse en plazo.

Las dos primeras conductas, esto es, allanamiento e inactividad del deudor, conllevan la misma consecuencia, que es el pronunciamiento inmediato de un Auto de declaración del concurso de acreedores, sin necesidad de celebración de vista (art. 18.1 LC).

En el tercer supuesto, que el deudor formule oposición, deberá presentarla por escrito, en los cinco días siguientes al emplazamiento, debiendo fundamentarla *en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se*

encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a Derecho (art. 18.2 LC).

El artículo 19 de la Ley regula distintas situaciones y efectos en función de la actitud de las partes y del vencimiento o no del crédito del acreedor instante:

a) Si el deudor no compareciere al acto de la vista, la Ley sanciona dicho comportamiento, imponiendo esta consecuencia *el juez dictará auto declarando el concurso*. Nuevamente, por tanto, permite la Ley la declaración de concurso sin requerir de una previa comprobación de que, efectivamente, el deudor se encuentra en estado de insolvencia.

b) Cuando no compareciera el solicitante o, habiéndolo hecho, no se ratificase en su solicitud, la resolución procedente sería, si *el juez considerase que concurre presupuesto objetivo para la declaración de concurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2, y de las actuaciones resulte la existencia de otros posibles acreedores, antes de dictarse el auto que resuelva sobre la solicitud, se les concederá un plazo de cinco días para que formulen las alegaciones que les conviniesen* (art. 19.3 LC).

Ello hace pensar que, en caso contrario, de no estimarse que concurre el presupuesto objetivo, la solución sería dictar auto desestimatorio.

c) En el supuesto de que el deudor compareciera a la vista, si el crédito del acreedor instante estuviera vencido, deberá consignar en el acto de la vista el importe de dicho crédito a disposición del acreedor, acreditar haberlo hecho con anterioridad o manifestar la causa de la falta de consignación. Si hubiera varios acreedores personados y se acumulasen sus solicitudes de concurso, el deudor deberá consignar las cantidades adeudadas a todos ellos, en las mismas condiciones expresadas (art. 19.2 LC).

En el supuesto de falta de consignación y en los que, a pesar de haber sido efectuada, el acreedor se hubiera ratificado en la solicitud, así como cuando el crédito del instante no hubiera vencido o no tuviera éste la condición de acreedor, el Juez acordará la continuación de la vista.

d) Cuando no exista obstáculo procesal alguno que impida la continuación de la vista, se continuará con la celebración de dicho acto, en el que el Juez procederá a oír a las partes y a sus abogados sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso y decidirá sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos o que se

propongan en ese acto, acordando la práctica inmediata de las que puedan realizarse en el mismo día y señalándose por el Secretario judicial para las restantes el más breve plazo posible, sin que pueda exceder de veinte días (art. 19.4 LC).

El objeto de la vista ha de quedar reducido a la existencia del hecho en que la solicitud se haya fundado, si fue negada por el deudor, o, caso de haberse admitido el hecho, a la acreditación de la solvencia o insolvencia del deudor.

La prueba se practicará y valorará de conformidad con las normas generales de la Ley rrituaria, con la única especialidad consistente en que se autoriza expresamente al órgano judicial, a interrogar directamente a las partes, peritos y testigos (art. 19.5 LC).

Una vez practicadas las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el Juez, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud.

Declaración de concurso: Si el juez estima que concurren los presupuestos del concurso dictará auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: 1.º El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación o ha presentado propuesta anticipada de convenio (art. 22 LC). 2.º Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio (art. 40 LC), así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales (arts. 27 y ss LC). 3.º En caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6 LC. 4.º En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo. 5.º El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del auto de declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 LC. 6.º La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso (arts. 23 y 34 LC). 7.º En su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 LC, en relación con la disolución de la sociedad de gananciales. 8.º En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento abreviado (art. 190 y ss LC). El auto producirá sus efectos de inmediato, abrirá la fase común de tramitación del concurso, que comprenderá las actuaciones previstas en los cuatro primeros títulos de la Ley concursal, y será ejecutivo aunque no sea firme.

Declarado el concurso, se ordenará la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta. Cada una de estas secciones se encabezará por el auto o, en su caso, la sentencia que hubiera ordenado su formación

I. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE EL DEUDOR

1. Intervención o suspensión de facultades patrimoniales

Como regla general, la declaración de concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, salvo en casos excepcionales (art. 44 LC). Tampoco supone la inhabilitación del deudor, a menos que en la sección final el concurso sea calificado como culpable (art. 172.2 LC) Ahora bien, el deudor queda sometido a una serie de limitaciones (art. 40 LC).

Si el concurso es voluntario, esto es, solicitado por el propio deudor, como regla general, el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor queda sometido a intervención de la administración concursal, mediante su autorización o conformidad (art. 40.1 LC). Con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones que, siendo propios del giro o tráfico de actividad en cuestión y por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general (art. 44.2 LC).

En caso de concurso necesario, como regla general, procederá la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio, siendo sustituido el deudor por la administración concursal (art. 40.2 LC). En este caso, corresponde a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial (art. 44.3 LC).

La capacidad de actuar del deudor se ve modulada de tal forma que sus actos que contraríen estas limitaciones podrán ser anulados a instancia de la administración concursal, si la AC no los hubiere convalidado o confirmado con anterioridad (art. 40.7 LC). Cabe destacar, no obstante, que se atribuye al juez del concurso la discrecionalidad para decretar motivadamente la suspensión en casos de concurso voluntario o la intervención en casos de concurso necesario (art. 40.3 LC). También tiene la facultad de acordar, en cualquier momento y a solicitud de la administración concursal, el cambio de

las situaciones de intervención o suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio (art. 40.4 LC).

La capacidad de disponer del patrimonio se ve afectada seriamente, en tanto que se impone el deber de conservar la masa activa (art. 43.1 LC), lo que supone, a tenor de la norma general, la nulidad de los actos de enajenación o gravamen que no cuenten con la aprobación judicial, esta limitación se extiende temporalmente hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación.

Pese a ello, nada obsta para que haya opiniones en la doctrina⁴ que sostengan que la nulidad del acto pueda ser convalidada una vez se de la posterior aprobación o ratificación por parte del juez.

2. Deber de colaboración

El deber de colaboración abarca el deber de información y colaboración con el juez del concurso y con la administración concursal. Este deber nace con la declaración de concurso y se impone al concursado ya sea persona física o jurídica, en cuyo caso serán los administradores o liquidadores de la los afectados.

El contenido de esta obligación implica que para los deudores afectados que tienen el deber de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido para informar y colaborar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso, el contenido de esta obligación se extiende también a los apoderados del deudor y a quienes lo hayan sido dentro del período señalado (art. 42 LC). Asimismo, se impone al deudor la disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial (art. 45 LC).

El artículo 165.2 determina la consecuencia de incumplir estos deberes, de tal modo que se estipula una presunción iuris tantum de la existencia de dolo o culpa grave si se incumplen.

⁴ BUSTILLO TEJEDOR, LUIS L.: *El concurso de acreedores: cuestiones de interés notarial*, Cuadernos de derecho y comercio, ISSN 1575-4812, Nº 58, 2012, págs. 341-370.

El ordenamiento jurídico prevé otras garantías más taxativas para el cumplimiento de estos deberes, el nivel de restricción de estas medidas es tal inciden en los derechos y libertades fundamentales del concursado, motivo por el que no se regulan en la ley ordinaria de referencia, sino en Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

3. Efectos sobre el deudor persona jurídica

La legislación concursal prevé para el supuesto de que el deudor sea una persona jurídica el mantenimiento de sus órganos, ahora bien, su funcionamiento se desarrollará supeditado, en su caso, a los efectos de la intervención o suspensión de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio.

A tenor del art. 48.2 LC los administradores concursales tendrán derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados, más relevancia cobra lo siguiente y es que *Los acuerdos de la junta o de la asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal.*

Por otro lado, el art. 48 bis determina que, durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de una serie de acciones:

- la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso.

- Más amplia resulta la facultad que otorga posteriormente el citado precepto legal, así atribuye también en exclusiva la legitimación para *la reclamación, en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento.*

- Se legitima exclusivamente a la administración concursal para *el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores.*

A través de esta legitimación en exclusiva lo que el legislador busca es evitar las acciones torpedo interpuestas por la administración concursada que entorpezca la causa.

II. EFECTOS SOBRE LOS ACREEDORES

Declarado el concurso, todos los acreedores quedan integrados en la masa pasiva del concurso, lo que puesto en relación con uno de los principios informadores que orienta el proceso concursal como es el principio de igualdad de trato o *par conditio creditorum* impide la posibilidad de iniciar ejecuciones singulares contra el patrimonio del concursado en función

No obstante, para el tratamiento de esta cuestión cabe distinguir, siguiendo el régimen instaurado en la LC, entre los efectos de la declaración de concurso sobre: a) las acciones de ejecución; b) las acciones o "juicios" declarativos que, como regla general, sí pueden iniciarse pero ante el juez del concurso; c) y los créditos en particular (compensación, devengo de intereses,...).

1. Efectos sobre los juicios declarativos

Tras la declaración de concurso, los jueces del orden civil y social se abstendrán de conocer de nuevas acciones declarativas que puedan afectar al patrimonio del concursado, siendo competente el juez del concurso (art. 50 LC).

Si se trata de juicios declarativos que se encuentran en tramitación al momento de declaración de concurso, continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviese conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán al concurso los juicios por reclamación de daños y perjuicios de la persona jurídica concursada contra sus administradores, liquidadores y auditores, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o vista (art. 51 LC).

Por otro lado, se suspenden hasta la conclusión del concurso, los procesos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de la sociedad concursada (art. 51. bis). Es posible que el acreedor que ha iniciado la acción de responsabilidad frente a los administradores sociales vea satisfecho su crédito en el seno del procedimiento concursal.

2. Efectos sobre las ejecuciones y apremios

Como norma general el art. 55 de la Ley Concursal determina que, *declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra la patrimonio del deudor.*

Las ejecuciones que se estuviesen tramitando en el momento de la declaración de concurso quedarán en suspenso, otorgando a los respectivos créditos el tratamiento concursal que corresponda, esto ha vuelto a ser recalcado recientemente por la jurisprudencia del TS⁵, si bien por Sala de lo Contencioso y no por la Sala de lo Civil, y ello porque restringe a la Administración Tributaria la posibilidad de dictar providencias de apremio para hacer efectivos sus créditos contra la masa con el procedimiento concursal abierto.

No obstante, si antes de la declaración de concurso se hubieran iniciado procedimientos administrativos de ejecución con diligencia de embargo o ejecuciones laborales que hayan supuesto el embargo de bienes del concursado, éstos procedimientos podrán continuar hasta la aprobación de un plan de liquidación, siempre que los bienes objeto de embargo no sean necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Posteriormente la LC introduce en el artículo 56 una serie de modulaciones que responden a la previsión del legislador por mantener la actividad empresarial, *Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.*

Estas previsiones son extendidas por el legislador a otros supuestos: a) *Las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles.* b) *Las*

⁵ La STS nº 376 de 20 de marzo de 2019, cuyo FJ 6º contiene lo siguiente *La interpretación conjunta del artículo 164.2 LGT con relación a los artículos 55 y 84.4 de la LC , determina que, una vez abierta la liquidación, la Administración tributaria no puede dictar providencias de apremio para hacer efectivos sus créditos contra la masa hasta que no se levanten los efectos de la declaración del concurso ,debiendo instar el pago de los créditos contra la masa ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal.*

acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad. c) Las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.

Las ejecuciones ya iniciadas en el momento de la declaración de concurso quedan suspendidas. Esta suspensión se alza cuando exista resolución judicial que declare que los bienes afectados no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

3. Efectos sobre los créditos en particular

A) Prohibición de compensación de créditos

Se prohíbe expresamente la compensación de los créditos y las deudas del concursado, una vez declarado concurso, esto es consecuencia de la aplicación de dos de los principios que ordenan el derecho concursal como son el principio de indisponibilidad de los bienes de la masa activa y el de igualdad de trato de los acreedores.

Sin embargo, producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal. (art. 58 LC).

B) Suspensión del devengo de intereses. (art. 59 LC).

Tras la declaración de concurso, como regla general, se suspende el devengo de intereses legales o convencionales de los créditos, esta cuestión no obsta para que el legislador contemple dos importantes excepciones: los créditos con garantía real, que seguirán devengando intereses hasta donde alcance la respectiva garantía; y los créditos salariales devengarán intereses conforme al interés legal del dinero. En todo caso, los créditos por intereses tendrán la consideración de créditos subordinados.

C) Suspensión del derecho de retención. (art. 59 LC Bis).

Al igual que el precepto anteriormente comentado, existe una norma general que establece que *Declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa.*

Ahora bien, se establece una suerte de resarcimiento para el acreedor y es que si el concurso concluye sin la enajenación del bien o derecho retenido deberán *ser restituidos de inmediato al titular del derecho de retención cuyo crédito no haya sido íntegramente satisfecho.*

La eficacia de este efecto se ve limitada por el propio precepto en la medida en que circunscribe su aplicación así *Esta suspensión no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social.*

D) Interrupción de la prescripción (art. 60 LC).

La declaración de concurso produce efectos interruptivos en la prescripción para los acreedores anteriores al mismo, así *desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración.*

En el supuesto de que existan más obligados beneficiados por la prescripción no se verán afectados, en caso contrario se verían damnificados injustificadamente por una situación procesal ajena a ellos, así *La interrupción de la prescripción no perjudicará a los deudores solidarios, así como tampoco a los fiadores y avalistas.*

También se interrumpe el plazo de prescripción para la interposición de acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora, así como del resto de acciones cuyo ejercicio quede suspendido por la declaración del concurso. Una vez concluido el concurso volverá a iniciarse el cómputo para la prescripción

III. EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS

Una de las cuestiones más importantes que se plantean en el ámbito del Derecho concursal es la relativa a los efectos que produce la declaración del procedimiento sobre los contratos en los que el deudor concursado es parte, en particular, sobre los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento total o parcial.

1. Contratos bilaterales pendientes de cumplimiento

De la regulación prevista cabe deducir una regla general en virtud de la cual la declaración del concurso por sí sola no afecta a la vigencia de contratos pendientes de cumplimiento. No obstante, la LC regula separadamente distintos supuestos en función de si el contrato está pendiente de cumplimiento por una de las partes o por ambas. Además, los contratos de trabajo, los de alta dirección y los contratos con las administraciones públicas están sujetos a normas especiales a las que remite la LC (arts. 64-66 LC).

Como regla general, si una de las partes (el concursado o la otra parte) ha cumplido íntegramente su prestación y la otra estuviere pendiente de cumplimiento, el crédito o la deuda se incluirá en la masa activa o pasiva del concurso (art. 61.1 LC).

Por el contrario, si ninguna de las partes ha cumplido con sus obligaciones, las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa activa. Del mismo modo, la parte *in bonis* está obligada al cumplimiento del contrato. La declaración de concurso por sí sola no afecta a la vigencia del contrato y se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de declaración del concurso (art. 61.2 LC). No obstante, el deudor o la administración concursal pueden solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente para el interés del concurso.

Por otro lado, el hecho de que el contrato continúe en vigor tras la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución por un incumplimiento posterior de cualquiera de las partes (art. 62 LC). No obstante, aun existiendo causa de resolución, el juez puede acordar, atendiendo al interés del concurso, el cumplimiento del contrato.

Es importante señalar, como se verá más adelante, que las prestaciones a cargo del concursado derivadas de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúan en vigor tras la declaración de concurso, así como las prestaciones derivadas de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado, se consideran como créditos contra la masa, cuyo pago se producirá a sus respectivos vencimientos y con preferencia respecto a los acreedores concursales (art. 84.2.6º y 85 LC).

2. Rehabilitación de contratos

Si se cumplen ciertos requisitos (art. 68 LC), por iniciativa de la administración concursal o a instancia del concursado, cabe la posibilidad de rehabilitar contratos de préstamo u otros de crédito que en el momento de la declaración de concurso se encuentren extinguidos (cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido en los tres meses precedentes a la declaración de concurso), También se prevé la posibilidad de rehabilitar contratos de adquisición de bienes con precio aplazado cuya resolución se haya producido en los tres meses precedentes a la declaración de concurso (art. 69 LC); y de enervar acciones de desahucio en arrendamientos urbanos ejercitadas con anterioridad a la declaración de concurso (art. 70 LC).

V. LA REAPERTURA

Tendrá la consideración de reapertura la declaración de concurso del deudor persona natural que se produzca dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de un concurso por liquidación o por insuficiencia de masa.

Por su parte, si se trata de persona jurídica la reapertura tendrá lugar, en el caso de conclusión de un concurso por liquidación o por insuficiencia de masa, siempre que aparezcan posteriormente bienes y derechos. En ambos casos, por tanto, se trata del mismo procedimiento que continua, por lo que la AC se limitará a actualizar las masas activa y pasiva; a vender los bienes y pagar los créditos en la medida de lo posible (artículos 179 y 180).

SECCIÓN II.

Comunicación.

La administración concursal, una vez designada y aceptado el cargo, realizará sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos, informando de la declaración de concurso y del deber de comunicar los créditos en la forma establecida por la ley. La comunicación se efectuará por medios telemáticos, informáticos o electrónicos cuando conste la dirección electrónica del acreedor y se dirigirá a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social a través de los medios que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras. Igualmente se comunicará a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento como parte.

Dentro del plazo de un mes a contar desde la publicación del auto del concurso en el BOE, los acreedores del concursado comunicarán a la administración concursal la existencia de sus créditos. La comunicación se formulará por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito o por quien acredite representación suficiente de ellos, y se dirigirá a la administración concursal. La comunicación podrá presentarse en el domicilio designado al efecto el cual deberá estar en la localidad en la que tenga su sede el juzgado, o remitirse a dicho domicilio. También podrá efectuarse la comunicación por medios electrónicos. El domicilio y la dirección electrónica señalados a efectos de comunicaciones serán únicos y deberán ser puestos en conocimiento del juzgado por el administrador concursal al tiempo de la aceptación del cargo o, en su caso, al tiempo de la aceptación del segundo de los administradores designados.

La comunicación expresará nombre, domicilio y demás datos de identidad del acreedor, así como los relativos al crédito, su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretenda. Si se invocare un privilegio especial, se indicarán, además, los bienes o derechos a que afecte y, en su caso, los datos registrales. También se señalará un domicilio o una dirección electrónica para que la administración concursal practique cuantas comunicaciones resulten necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan al domicilio o a la dirección indicados.

Se acompañará copia, en forma electrónica en caso de que se haya optado por esta forma de comunicación, del título o de los documentos relativos al crédito. Salvo que los

títulos o documentos figuren inscritos en un registro público, la administración concursal podrá solicitar los originales o copias autorizadas de los títulos o documentos aportados, así como cualquier otra justificación que considere necesaria para el reconocimiento del crédito. Todo ello en los términos del art. 85 LC. No necesitan solicitar reconocimiento los créditos que hubieren firmado el acuerdo extrajudicial (art. 242 LC).

Informe de la Administración Concursal

El informe de la administración concursal se presentará en el plazo de dos meses contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación del cargo. Dicho plazo podrá ser objeto de prórroga en los términos del art. 75.2 y 3 LC. Además de la responsabilidad y de la causa de separación en que hubieren podido incurrir conforme a los artículos 36 y 37 LC, los administradores concursales que no presenten el informe dentro del plazo perderán el derecho a la remuneración fijada por el juez del concurso y deberán devolver a la masa las cantidades percibidas. Contra la resolución judicial que acuerde imponer esta sanción cabrá recurso de apelación.

El informe de la administración concursal contendrá:

1.º Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria a que se refiere el número art. 6.2.2º LC.;

2.º Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el art. 6.3 LC. Si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, serán formuladas por la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días y 3.º Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal.

Al informe se unirán los documentos siguientes:

1.º Inventario de la masa activa;

2.º Lista de acreedores;

3.º En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio.

4.º En su caso, el plan de liquidación,

5º Valoración de la empresa en su conjunto y las unidades productivas que la integran bajo continuidad de las operaciones y liquidación.

El informe concluirá con la exposición motivada de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.

La administración concursal, con una antelación mínima de diez días previos a la presentación del informe al juez, dirigirá comunicación electrónica al deudor y a los acreedores que hubiesen comunicado su crédito y de los que conste su dirección electrónica, informándoles del proyecto de inventario y de la lista de acreedores, estén o no incluidos en la misma. La misma comunicación se publicará en el Registro Publico Concursal.

Los acreedores podrán solicitar a la administración concursal, igualmente por medios electrónicos, hasta tres días anteriores a la presentación del informe al juez, que se rectifique cualquier error o que complementen los datos comunicados. La Administración Concursal dirigirá igualmente por medios electrónicos una relación de las solicitudes de rectificación o complemento presentadas al deudor y a los acreedores, la cual también será publicada en el Registro Publico Concursal.

La presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se notificará a quienes se hayan personado en el concurso en el domicilio señalado a efectos de notificaciones y se publicará en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. Ello sin perjuicio de cualquier otra publicidad que pueda acordar el Juez. La Administración Concursal podrá acordar, de oficio o a instancia de interesado, cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible, en medios oficiales o privados.

SECCIÓN III.

Masa Activa.

La declaración del concurso de acreedores origina dos agrupaciones en cuya formación se resumen las operaciones fundamentales del procedimiento. De un lado, la masa activa o masa de bienes (art. 76 LC) que se integra por el patrimonio del deudor común destinado a la satisfacción de sus acreedores. De otro lado, la masa pasiva o masa

de acreedores (arts. 49 y 84.1 LC) compuesta por la colectividad de acreedores del concursado.

La formación de esas dos masas constituye la principal tarea que ha de realizar la administración concursal durante la fase común de tramitación del concurso, que quedará formalmente reflejada en el inventario de la masa activa y en la lista de acreedores, documentos que acompañan al preceptivo informe de la administración concursal (art. 75.2).

La constitución de la masa activa se hará conforme al principio de universalidad presente en el artículo 75 LC, así *Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento*, de tal forma que la regla general será que se incluyen todos aquellos bienes y derecho que gocen de contenido patrimonial. Esta definición abarcará además de los bienes existentes en el momento de la declaración de concurso, aquellos que, en su caso, se adquieran con posterioridad por cualquier clase de título.

Fuera de esta definición quedan además de los derechos honoríficos y de la personalidad por su naturaleza no patrimonial, nos encontramos con que la previsión del art. 76.2 excluye de la masa activa a aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables, esta remisión general al conjunto del ordenamiento jurídico nos lleva a ponerlo en relación con el art. 605 y ss. de la LEC, que declaran absolutamente inembargables.

Inventario

La formación del inventario encuentra su regulación en el artículo 82 LC, contendrá todos los bienes y derechos del deudor de contenido patrimonial del concursado a fecha de cierre del informe, cada uno de los bienes y derechos será valuado individualmente fijando como criterio valorativo el valor de mercado con expresión de las circunstancias y características de los mismos indicación de la naturaleza, características, lugar en que se encuentren y, en su caso, los datos de identificación registral. Se señalarán igualmente las cargas y gravámenes, trabas que afecten a estos bienes y derechos con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

Asimismo, el inventario deberá recoger la relación de litigios pendientes así como la valoración con indicación del riesgo, viabilidad ,coste...Así como las acciones de reintegración que se hubieran ejercitado o pudieran ejercitarse. Se hará también mención al uso sobre los bienes de propiedad ajena que tenga en su poder el concursado.⁶

El inventario al igual que la lista de acreedores puede ser impugnado en los 10 días siguientes a la notificación por considerar que en el mismo deben incluirse o excluirse bienes y derechos, así como incrementar o disminuir su avalúo y se tramitará por el cauce del incidente. La falta de impugnación del inventario no implica a diferencia de la lista de acreedores el reconocimiento de la deuda.

La eficacia del inventario es informativa, y no constitutiva, por lo que no atribuye titularidades sobre los bienes y derechos que contiene, sino que simplemente los enuncia, sin que quepa una ulterior aplicación del referido inventario en otros procedimientos, en ese sentido es reiterado el criterio del Tribunal Supremo⁷.

Este inventario de bienes y la lista de acreedores se presentarán conjuntamente con el informe de la administración concursal (arts. 75.2 y 95.2) y se sujetan al mismo procedimiento de impugnación (art. 96).

Impugnación de la lista de acreedores y/o inventario del informe de la administración concursal (Art. 96 LC):

Las partes personadas podrán impugnar el inventario y la lista de acreedores, dentro del plazo de diez días a contar desde la notificación antes reseñada a cuyo fin podrá obtener copia a su costa. Para los demás interesados el plazo de diez días se computará desde la última publicación de las antes citadas. La impugnación del inventario podrá consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos. La impugnación de la lista de

⁶ *Masa Activa y Pasiva del Concurso*. Artículo de Wolters Kluwer, recurso en línea: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjlzMDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAkBpYGjUAAAA=WKE

⁷ Basta con citar la STS 558/2018 de 9 de octubre, que conforme a jurisprudencia consolidada, sentencia que *la inclusión de un derecho de crédito a favor del concursado contra un deudor tercero en el inventario de la masa activa, que no constituye por sí un título judicial que legitime una reclamación ulterior. Y que, por ello, no impide una reclamación posterior sobre la existencia de un derecho de crédito no incluido en el inventario.(...)mientras que la lista de acreedores, con la excepción de las modificaciones derivadas de las previsiones de los arts. 97, 97 bis y 97 ter LC (y demás supuestos previstos legalmente, a los que se remite el art. 97.3 LC), determina de manera definitiva la composición de la masa pasiva, que ya no podrá ser combatida, el inventario tiene naturaleza informativa, por lo que la inclusión en dicho documento de un bien o derecho no constituye un título de dominio diferente a los previstos en el art. 609 CC.*

acreedores podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos. Cuando las impugnaciones afecten a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo del concurso el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos y las medidas cautelares que pueda adoptar para su efectividad.

Las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal pudiendo el juez de oficio acumularlas para resolverlas conjuntamente. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al juez los textos definitivos correspondientes, así como relación de las comunicaciones posteriores presentadas y las modificaciones incluidas y otra actualizada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, todo lo cual quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado.

Modificación de la lista de acreedores e inventario(Art.97) Salvo en los supuestos del art. 97.3 y 4 LC, quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones. La modificación del texto definitivo de la lista de acreedores sólo podrá solicitarse al amparo y en los supuestos del art. 97 Bis LC.

Acción de reducción de la masa activa. El Art. 80 LC contempla la aminoración de la masa activa por derecho de dominio de un tercero, así, *los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos.*

El ejercicio de esta acción requiere que: el bien objeto de separación sea de titularidad ajena, distinta de la del deudor; que el bien esté siendo poseído por el concursado; y que el concursado carezca de un derecho que ampare su continuidad posesoria.

El titular ha de dirigirse contra la masa y será la Administración Concursal quien deberá pronunciarse al respecto a favor, en cuyo caso deberá poner los bienes a

disposición de sus legítimos dueños o en contra. Frente a esta decisión, el interesado puede plantear oportuno incidente concursal.

Nos encontramos ante una acción reivindicatoria y no ante una tercería de dominio y ello por cuanto sus efectos exceden de la tercería de dominio en cuanto que produce los efectos de cosa juzgada (art. 196.4 LC), de tal forma que no cabrá con posterioridad reproducir esta cuestión a través de una declarativo ordinario.

El **artículo 81** contempla la posibilidad de que no sea posible el ejercicio de la acción si los bienes y derechos susceptibles hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no puedan reivindicarse. La solución prevista por el legislador es que el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el adquirente no la hubiera realizado, o comunicar a la administración concursal, para su reconocimiento en el concurso, el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior, a elección del solicitante, más el interés legal. El crédito que resulte a favor del titular perjudicado tendrá la consideración de crédito concursal ordinario.

Acciones de reintegración de la masa activa. Al contrario que el supuesto anterior, esta acción busca aumentar la masa activa, así pues, se trata de nuevamente en la masa los bienes y derechos que ya no forman parte y que deberían estar incluidos.

El artículo de referencia para el régimen de estas acciones se encuentra en el artículo 71 LC, que delimita el objetivo de las mismas a los actos perjudiciales para la masa pasiva con independencia de la intencionalidad tanto del deudor como del que suscribe el acto, como señala el precepto legal referenciado se aplicará *aunque no hubiere existido intención fraudulenta*. Se requiere que se trate de actos realizados por el deudor.

Ahora bien, el legislador en aras de la seguridad jurídica en el tráfico mercantil establece como previsión una limitación temporal, y es que, la acción deberá recaer sobre actos que se hayan producido en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

No obstante, la brevedad de este plazo ha provocado cierta preocupación entre determinados autores⁸ que lo han percibido como un riesgo de fraude, por cuanto, la

⁸ AZNAR GINER, Eduardo: *Mediación Concursal: Los Acuerdos Extrajudiciales de Pago*. Ed. Tirant Lo Blanch, 2014, pags. 117 y ss.

dilación temporal de la declaración haría que queden a salvo esos actos de aminoración del activo.

Carga probatoria En el art. 71 LC se determinan tres niveles en la carga probatoria del perjuicio patrimonial, de tal forma que:

-se presumirá iuris et de iure cuando se trate de actos de disposición a título gratuito (salvo las liberalidades de uso) y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso y que no cuenten con garantía real

-se presumirá iuris tantum en los siguientes supuestos: *Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.: La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.; Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.*

-Con carácter general, más allá de los supuestos comentados, corresponderá la carga de la prueba ordinaria, de tal forma, que el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria

Excepciones El propio artículo 71 en su apartado 5 establece tres excepciones absolutas *En ningún caso podrán ser objeto de rescisión: 1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. 2.º Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados 3.º Las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.*

El artículo 71 bis determina que tampoco serán rescindibles los acuerdos de refinanciación siempre que cumplan las condiciones establecidas en el propio precepto legal, y aún en ese supuesto tan solo estará legitimada para su impugnación la Administración Concursal.

Procedimiento. Se tramitará por el cauce del incidente concursal, a tenor del art. 192 de la Ley Concursal.

Le corresponderá la legitimación activa a la Administración Concursal, y con carácter subsidiario a los propios acreedores, quienes podrán ejercitar la acción en el caso de que, transcurridos dos meses desde el requerimiento a la AC para su interposición, ésta no haya procedido.

Le corresponde la legitimación pasiva al deudor; a la otra parte del acuerdo o contrato enjuiciado; y a terceros adquirentes, en cuyo caso habrá de desvirtuarse la presunción de buena fe que el adquirente a título oneroso tiene o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral.

Cabe destacar que el artículo 71.6 concluye señalando la compatibilidad del ejercicio de estas acciones con las demás previstas en el ordenamiento jurídico, salvo que expresamente se señale su incompatibilidad.

Efectos. Los efectos derivados de la estimación de esta acción se encuentran regulados en el artículo 73, y son la ineficacia del acto impugnado, la condena a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses, de tal forma que la nulidad del acto extiende sus efectos *ex tunc*, en concordancia con el principio *Quod nullum est nullum producit effectum*.

Este precepto otorga fuertes efectos a la presencia de buena o mala fe, de tal modo que *Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal.*

Por el contrario, si la sentencia apreciase mala fe, se condenará *a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.*

La buena o mala fe en el acreedor también le repercutirá consecuencias, por lo que *El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido.* Ahora bien, si se aprecia mala fe, tendrá categoría de crédito subordinado.

SECCIÓN IV.

Masa Pasiva

El principio vertebrador de la delimitación de la masa activa del deudor es *par conditio creditorum*, junto con con el principio de universalidad, lo que se plasma en el art. 49 *Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes.*

Una vez recibida la comunicación de los créditos por la administración del concurso, ésta determinará la inclusión o exclusión de los acreedores en la lista de acreedores, después de realizar un análisis de cada uno de los créditos comunicados como de aquellos que resulten de los libros y documentos del deudor.

La Ley dispone con carácter imperativo que sean incluidos en la lista aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o sentencia, aunque no fueran firmes; los que consten en documento de fuerza ejecutiva; los reconocidos por autoridad administrativa; los que se encuentren asegurados con garantía real inscrita en registro público o hayan nacido a favor de los trabajadores, cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor.

Los créditos que integran la masa pasiva, a tenor del artículo 84, son los créditos concursales y los créditos contra la masa, los cuales han sido incrementados en la Ley debido a la continuación de la actividad empresarial. Estos últimos deberán ser ejecutados antes de los concursales, cuestión ésta que conlleva una gran relevancia en su determinación.

Se trata de la excepción respecto del principio de igualdad de trato que ha tratado de ir modulando el legislador en las diferentes modificaciones legislativas. Así, nos encontramos con una distinción bien positiva o negativamente en relación con los créditos ordinarios, los créditos pueden ser privilegiados o subordinados (cfr. artículo 89-1), ordenándose los primeros en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos , y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor (artículo 89-2). En definitiva, a los efectos del concurso, los créditos se clasifican en privilegiados, ordinarios y subordinados (art. 89-1).

La delimitación debe ser clara entre los créditos anteriores a la declaración de concurso, cuyo impago ha generado el propio concurso, y los posteriores. Especialmente

para aquellos supuestos en que únicamente se acuerda la intervención y el deudor continúa con su actividad económica y, como consecuencia natural e inherente al funcionamiento comercial, se vienen a contraer nuevas deudas. Éstas, ciertamente, deben tener un tratamiento distinto de aquéllas que motivaron el concurso.

Entre otros motivos porque de no ser así, nadie contrataría con el concursado, pues con toda probabilidad no cobraría sino en la misma proporción que los anteriores acreedores que fueran de su mismo rango. Por eso se suele distinguir entre créditos concursales y créditos contra la masa, y así lo hacía también el Anteproyecto de Ley Concursal (artículo 83), y lo hace la Ley Concursal.

Los créditos contra la masa

La masa pasiva del concurso se delimita en un sentido negativo, esto es, considera la Ley masa pasiva a los créditos contra el deudor común que conforme a la propia Ley Concursal no tengan la consideración de créditos contra la masa.

Las deudas de la masa, o en la mención legal, los créditos contra la masa, son aquéllos ordinariamente generados con posterioridad a la declaración de concurso, ya sea por las actuaciones judiciales, ya sea como consecuencia de la actividad económica de la masa activa intervenida que se realice con posterioridad a la declaración de concurso.

Estos créditos contra la masa deben quedar al margen de la solución concursal, por lo que ni se verán afectados por el posible convenio, ni tampoco se sujetan al orden de pago en caso de liquidación. Lo lógico es que estos créditos, que se han ocasionado una vez el deudor ha sido intervenido judicialmente, se satisfagan conforme vayan siendo exigibles, esto es, en atención al dato cronológico de su vencimiento.

La dificultad radica en la determinación de qué créditos tienen esta consideración de créditos contra la masa, el precepto legal (artículo 84-2) incluye:

- Las costas y gastos procesales generados por la solicitud y declaración de concurso, así como todos sus incidentes, los de asistencia y representación del concursado y, en general, los ocasionados en los procedimientos instados en interés de la masa activa.

- Los gastos generados por la administración de la masa, en que se incluirán también sus honorarios.

- Las deudas generadas por la continuidad en la actividad profesional o empresarial.

A lo que se añade, en el primer ordinal, los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. En este punto, es de observar que el crédito salarial tiene en el marco del proceso concursal una calificación distinta (incardinable hasta en cinco tipos) según el periodo de tiempo (y a la cuantía) a que corresponda su devengo.

También tiene el carácter de deuda de la masa, como se ha abordado anteriormente, la obligación de devolución de contraprestaciones recibidas por el deudor en caso de rescisoria concursal, en el caso de que haya buena fe por parte del tercio que contrata con el deudor. (artículos 71 y siguientes de la Ley concursal).

Asimismo, tendrán consideración de créditos contra la masa aquellos que se deriven de obligaciones de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el juez de primera instancia en alguno de los procesos a que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tendrán también esta consideración los créditos de este tipo devengados con posterioridad a la declaración del concurso cuando tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad

Y, en suma, todas aquellas obligaciones surgidas con posterioridad a la declaración de concurso. Entre ellas se alude también a las obligaciones derivadas de responsabilidad extracontractual del concursado, nacidas después de la declaración de concurso. Ello es consecuente, en el bien entendido de que la obligación de indemnizar surge cuando se produce el daño, siempre que su importe sea conocido o se pueda determinar; la sentencia que condena al pago de la indemnización tiene un mero valor declarativo (no constitutivo) de la obligación.

Serán créditos contra la masa las obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado. En el caso de la resolución voluntaria. (Art. 61.2 LC) tendrán la consideración de crédito contra la masa tanto las obligaciones de restitución que corresponda al concursado como la indemnización por los daños y perjuicios que la resolución pueda ocasionar.

En el supuesto de incumplimiento imputable al concursado. Hay que señalar que una vez acordada la resolución, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes. Las obligaciones vencidas se incluirán en el concurso como crédito concursal si el

incumplimiento fuera anterior a la declaración de concurso, ahora bien, si fuera posterior el crédito se satisfará con cargo a la masa.

Se incluye en esta categoría aquellos que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta Ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado. El ejercicio de estas facultades de rehabilitación o enervación implica la posibilidad de recuperar elementos patrimoniales o rehabilitar contratos en interés del concurso por parte de la Administración Concursal que conlleva un sacrificio para el acreedor que se compensa con el abono de las cantidades de forma inmediata.

Este crédito comprende también el coste del rescate de un bien afecto a un privilegio Especial (art 155.2 LC) por el que la AC deberá satisfacer el pago de los mencionados créditos con cargo a la masa.

Los créditos por rehabilitación contratos o enervación desahucio comprenderá: Préstamos y créditos vencidos de forma anticipada 3 meses antes declaración de concurso (art 68 LC); adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado; enervación (art 70 LC) se abonarán rentas y conceptos pendientes, así como las eventuales costas procesales.

Se incluyen los créditos que, en los casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el titular de este crédito. Ello se corresponden con el art 73.3 LC de tal forma que la posición del tercero afectado por la rescisión y por tanto la consideración de crédito contra la masa de la prestación que le corresponda dependerá según se aprecie buena fe, pues de lo contrario se subordinaría tal crédito.

Los créditos que resulten de obligaciones válidamente contraídas por el concursado sometido a intervención. Durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, se requiere la validación de las obligaciones por la AC para que sean considerados créditos contra la masa. No es necesario que se trate de créditos contraídos en el ejercicio de la actividad del concursado, bastará simplemente con que se traten de gastos necesarios.

Los créditos que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión de este. Al respecto de las obligaciones nacidas de la Ley, hay que matizar que la delimitación temporal atiende únicamente a que el nacimiento del crédito se produzca con posterioridad a la declaración de concurso, de esta forma, se estará al momento del nacimiento de la obligación y no al de su exigibilidad.

Resulta especialmente relevante la consideración de crédito contra la masa otorgada al cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición adicional cuarta. En caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 100.5. Asimismo, se considerarán al 100% crédito contra la masa créditos los concedidos en el marco de un convenio.

Lo que el legislador pretende mediante estas previsiones es incentivar la financiación preconcursal en el marco de un acuerdo de refinanciación, lo que habitualmente se ha denominado con el anglicismo *Fresh Money*⁹.

Esta clasificación contiene una excepción, así no se aplicará a los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad.

La lista del artículo 84. 2 concluye con una referencia genérica en el ordinal 12 que dice *Cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente tal consideración*.

⁹ ALBARRÁN GOMEZ, M: *El tratamiento de la insolvencia de la persona natural: la exoneración del pasivo insatisfecho y el acuerdo extrajudicial de pagos*. Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Cantabria, 2015, página 31.

Clasificación de créditos concursales

El artículo 84 los define por antítesis, así, son créditos concursales todos aquellos créditos que no lo sean contra la masa, dentro de ellos encontraremos categorías, que operan como modulaciones al principio *par conditio creditorum*. Al respecto de la eficacia de este principio no resulta ocioso señalar que a la vista de una parte no significativa de autores mercantilistas este principio *tiene más de mito que de realidad*¹⁰. Sea como fuere, las categorías son las siguientes:

-Créditos con privilegio especial. Se regulan en el art. 90, donde primeramente encontramos los créditos con garantía real (Arts: 90.1.1º y 90.1.2º y 90.1.3º LC); los créditos refaccionarios (Art. 90.1.3º); los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazo de compraventa con precio aplazado (Art 90.1.4º LC); los créditos con garantía de valores (Art. 90.1.5º LC); los créditos garantizados con prenda (Art. 90.1.6º)

El apartado 2 del art. 90 condiciona la eficacia del privilegio de la siguiente forma *Para que los créditos mencionados en los números 1.º a 5.º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.*

Por su parte el apartado 3 del artículo 90 limita la fuerza del privilegio especial de tal forma que solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado como le corresponda según su naturaleza

-Créditos con privilegio general. Se regulan en el artículo 91, cuyo contenido dice en líneas generales que son créditos con privilegio general:

En el primer ordinal aborda las obligaciones sociales adquiridas como empleador, se determina que serán créditos privilegiados los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago; Las indemnizaciones por despidos improcedentes; la indemnización por extinción del

¹⁰ VV.AA. *Problemas Actuales del Concurso de Acreedores*, Ed. Thomson Reuters, 2014, página 57.

contrato laboral por causas objetivas; la resolución del contrato de trabajo por incumplimiento patronal; los salarios de tramitación; las indemnizaciones derivadas por accidentes de trabajo y enfermedad profesional; los recargos por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral; y los costes de Seguridad Social de los que legalmente es responsables el concursado.

El segundo ordinal determina, en favor de la Administración, la condición de crédito privilegiado de *las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.*

El tercero otorga protección al que haya prestado trabajo en favor del concursado, a diferencia del primer supuesto no se trata de una relación laboral, sino autónoma *Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.*

El cuarto estipula, nuevamente, garantías en favor de los acreedores públicos *Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe.* El contenido de esta garantía es mayor que el del ordinal segundo, y ello porque créditos tributarios son los recogidos en artículo 2 LGT: esto es, aquellos ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública (estatal autonómica, provincial o municipal) como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir (tasas, contribuciones especiales e impuestos).

El quinto incluye dentro de la garantía *Los créditos por responsabilidad civil extracontractual.*

El sexto ha de ser puesto en relación con las previsiones anteriormente comentadas en los créditos contra la masa, cuyo objeto es incentivar el *fresh money* y la inyección de liquidez en la persona concursada, *Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las*

condiciones previstas en el artículo 71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa.

El séptimo supone en cierta medida un quebranto del par *conditio creditorum*, si bien, se justifica en el fomento del procedimiento concursal dando un trato de beneficio al acreedor que insta el concurso *Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieran el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe.*

-Créditos subordinados. Se regulan en el art. 92. En primer término, nos encontramos con aquellos créditos a los que el legislador da una posición menos ventajosa para castigar la dejadez del acreedor tardío con respecto al diligente, tendrán la consideración de subordinados los créditos comunicados tardíamente; serán también créditos subordinados aquellos que determinen las partes contractualmente en virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige el derecho privado; serán también créditos subordinados por su propia naturaleza los recargos e intereses; por multas y demás sanciones pecuniarias.

Por cautela del legislador, lógica ciertamente, se prevé la posición de subordinación de los *créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado*. Este se ve desarrollado y concretado en el art. 93.

Como sanción a la mala fe, se posiciona como subordinado el crédito derivado de la rescisión concursal. Por último, esta calificación se otorgará también a los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas

-Supuestos especiales de reconocimiento, encuentran su regulación en el artículo 87, en el que se recogen dos grandes grupos:

1º. Créditos sometidos a condición suspensiva y litigiosos (reconocidos como contingentes) o, créditos sometidos a condición resolutoria (reconocidos como condicionales), por existir la incertidumbre acerca de la existencia y validez de estos créditos en el momento de efectuarse el reconocimiento, regulando la forma en la que han de participar en el concurso.

2º. Créditos asegurados con un patrimonio adicional de responsabilidad (fiador, avalista, etc.). En estos casos, para el reconocimiento del crédito en el conjunto se debe

acreditar el requerimiento al deudor principal, ejecución del aval, etc. Mientras no se acredite el requerimiento a las demás partes, quedarán reconocidos como contingentes.

Prelación de pago a los acreedores. El orden en que se realizará en pago a los acreedores viene determinado con carácter general en los arts. 154 y ss., existen unas reglas especiales que serán abordadas posteriormente, en el epígrafe dedicado a la Sección Quinta.

En referencia a los créditos contra la masa, el art.154 dice que *antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta.* El n°.2 del art. 154 prescribe *los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. Los créditos del art.84.2.1 se pagarán de forma inmediata. Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal (...).*

Posteriormente, el artículo 155 establece la norma general para el caso de los créditos privilegiados especiales. *1. El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva(...)*

El artículo 156 regula la prelación para los créditos privilegiados generales que se cita: *Deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general, por el orden establecido en el artículo 91 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número.*

Satisfecho los anteriores, entra en juego el artículo 157 que regula el pago de los créditos ordinarios y disciplina que *1. El pago de los créditos ordinarios se efectuará una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados.*

El juez, a solicitud de la administración concursal, en casos excepcionales podrá motivadamente autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados.

El juez podrá también autorizar el pago de créditos ordinarios antes de que concluyan las impugnaciones promovidas, adoptando en cada caso las medidas cautelares que considere oportunas para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación.

2. Los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos.

3. La administración concursal atenderá al pago de estos créditos en función de la liquidez de la masa activa y podrá disponer de entregas de cuotas cuyo importe no sea inferior al cinco por ciento del nominal de cada crédito.

En último lugar se encuentran los créditos subordinados, cuyo pago no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios. El pago de estos créditos se realizará por el orden establecido en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número

ESPECIAL REFERENCIA AL LEASING

La clasificación que la Ley Concursal hace que resulte particularmente interesante al respecto de los intereses depositados en este trabajo el detenerse brevemente en las obligaciones derivadas de contratos de arrendamiento financiero, o *leasing*, para abordar así las dificultades que presenta a la hora de encuadrarlo dentro de la categoría de *créditos contra la masa* o de la de *créditos con privilegio especial* a aquellas cuotas vencidas después de haberse declarado el concurso de acreedores.

Por un lado, ha de considerarse el art. 84.2 6º LC declara que serán calificados con cargo a la masa aquellos créditos que *resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración del concurso*, por el otro el art. 90.1 4º LC señala que serán considerados como créditos con privilegio especial «*los créditos por cuotas de*

arrendamiento financiero (...) a favor de los arrendadores (...) sobre los bienes arrendados con reserva de dominio con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago».

La cuestión, que ha llegado a los tribunales en buen número de ocasiones, estará así en determinar cuál de los dos preceptos legales se ajusta más a las características de este tipo de contratos, otorgando a las cuotas vencidas tras la declaración de concurso que sean derivadas de ellos una calificación u otra, y, por lo tanto, una prioridad en el cobro distinta.

ANÁLISIS DEL PROBLEMA

1. A diferencia de lo que ocurre en el caso del art. 94.1 4º LC, el art. 84.2 6º no hace una referencia explícita al contrato de arrendamiento financiero, sino a los *contratos con obligaciones recíprocas*, lo que ha permitido que los tribunales encuentren aplicable el contenido del precepto –y su consecuente determinación de las cuotas vencidas tras la apertura del concurso como créditos contra la masa, como establece el art. 61.2 LC– a los supuestos en los que nos encontremos ante contratos de *leasing*, entendidos éstos como contratos con obligaciones sinalagmáticas. En la práctica concursal, sin embargo, no se ha venido adoptando una posición uniforme. Mientras que algunas administraciones concursales los han calificado como créditos contra la masa, en otras ocasiones no se han diferenciado entre las cuotas anteriores y posteriores a la declaración del concurso, calificándolas a todas ellas como meros créditos concursales del art. 90.1 LC¹¹.

Ante estas situaciones, la jurisprudencia ha solido poner el foco de atención en el carácter de *reciprocidad* y *vencimiento* de las cuotas. Parece exigirlo así el análisis literal del art. 84.2 6º, cuando establece los cuatro requisitos de los créditos que en él se subsumen: 1) Que el concursado ocupe la posición de deudor, 2) que nazcan de contratos sinalagmáticos, 3) que esos créditos sean exigibles antes de la declaración del concurso y se hallen insatisfechos, y 4) que mantengan esta situación tras el auto de declaración del concurso. Ejemplo de ello lo tenemos en la STS 1427/2013, en el que La Caixa, titular acreedora de unas cuotas vencidas de un crédito de *leasing* acordado con la

¹¹ (...) por regla general, cuando se trate de créditos derivados de tracto sucesivo (...), la clasificación de tales créditos como concursales o contra la masa dependerá de si el devengo es anterior a la declaración de concurso, en cuyo caso serán concursales (...), o posterior, en cuyo caso serán contra la masa.» MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 533.

empresa concursada, propone un incidente concursal por entender que la administración concursal actúa de manera equivocada al calificar como créditos concursales todas las cuotas derivadas del contrato de *leasing*, tanto las anteriores como las posteriores a la declaración del concurso, y no aplicar la calificación del art. 84.2 6º. Tras desestimarse su petición tanto en primera instancia como en apelación, el asunto llega al TS a través del recurso de casación por infracción de los arts. 61.2¹², 84.2 6º y 90.1 4º, quien observa que serán calificados como créditos contra la masa únicamente aquellos por los que, una vez declarado el concurso, existan obligaciones por cumplir *para ambas partes*. La *reciprocidad* y la *pendencia mutua* como presupuesto de aplicación, resaltando que, si tan sólo una de las partes cumpliera con su prestación debida, el resto de las prestaciones pendientes no podrían calificarse de otra forma que como créditos concursales por haberse quebrado esa relación de reciprocidad que exige el art. 84.2 6º.

La relación de reciprocidad no viene determinada por unas características comunes y abstractas a todos los contratos de *leasing*, sino que variará de un caso a otro dependiendo de lo que se haya pactado en cada contrato siguiendo el principio de autonomía de la voluntad de los arts. 1091 y 1255 CC¹³. Si se ha acordado que, una vez declarado el concurso, tanto el acreedor como el deudor siguen participando de la relación sinalagmática sin que ésta se modifique, el elemento de reciprocidad seguirá existiendo, calificándose las cuotas posteriores vencidas conforme al 84.2 6º, es decir, como créditos contra la masa.

En el supuesto contrario, si se ha pactado que el cumplimiento por parte del deudor de la obligación de entrega del bien objeto de arrendamiento se dé en fecha anterior al comienzo de concurso, falta aún en ese momento el cumplimiento de las obligaciones propias de la otra parte, de tal forma que no puede observarse la relación de reciprocidad, debiendo estarse a lo establecido en el 90.1.4º que obliga a considerarlos como créditos concursales con privilegio especial.

¹² «Los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte (...) no se verán afectados, en principio, por la declaración de concurso y seguirán produciendo sus efectos. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se considerarán como deudas de la masa, lo que quiere decir que no están sometidos (sic) a la solución del concurso (...).» SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2004, p. 456.

¹³ La Sentencia explica, literalmente: «para identificar el contenido de ese derecho del arrendatario financiero y del correlativo deber de prestación de la entidad de leasing, es necesario estar a lo válidamente pactado y, en defecto de pacto, al contenido natural del contrato (...). De ello deriva que, para poder conocer si la relación jurídica nacida de contrato (...) sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso (...) habrá que atender a las cláusulas válidamente contenidas, en cada caso, por los contratantes.»

2. Ahora bien, estas consideraciones se refieren únicamente al concepto de *relación recíproca* entendido desde un momento posterior a su nacimiento, una vez esa relación se mantiene, o bien, se extingue. Pero no resuelve el problema de determinar en qué momento nace dicha relación, y, en consecuencia, desde qué momento se calificarán los créditos con cargo a la masa conforme al art. 61.2 LC.

La STS 1105/2014 distingue dos fases diferenciadas dentro de la relación recíproca: la fase de *génesis* y la *funcional*¹⁴. El TS razona que, para que puedan verse cumplidos los requisitos del art. 61.2 LC y clasificar a las prestaciones nacidas de contratos sinalagmáticos a las que el deudor esté obligado como créditos contra la masa, el deber de prestación de dicho deudor debe ser a) recíproco del asumido por el acreedor, y b) que ambos se hallen pendientes de cumplimiento.

Ese carácter recíproco que debe revestir la relación entre las obligaciones de las dos partes contractuales, por lo que, habrá que atender al contenido del vínculo entre ambas. La causa de esas obligaciones asumidas por las partes, de carácter principal las dos aunque no sean de equivalente valor, ha de ser un mismo y único negocio jurídico, del que se derive, asimismo, una interdependencia, una mutua condicionalidad entre las prestaciones debidas. Las obligaciones nacidas de ese negocio jurídico deberán estar conectadas entre sí por un nexo causal, de tal forma que el cumplimiento de una sea la razón del cumplimiento de la otra.

Si este vínculo causal, fundamento de la reciprocidad de obligaciones contractuales, nace al momento de la perfección del contrato podremos hablar de lo que el TS llama una *reciprocidad genética*, que se da desde el inicio. Sin embargo, el tenor literal del art. 61.2 LC exige que, para realizarlas con cargo a la masa, las obligaciones de carácter recíproco deberán estar *pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte* al momento de la declaración del concurso, pues la declaración del concurso *no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas* en situación de pendencia. Es decir, el nexo causal del que depende el carácter recíproco de las obligaciones debe haberse mantenido en momentos posteriores a la apertura concursal.

El TS distingue así dos tipos de reciprocidades atendiendo a su momento de vigencia, denominando a esta última como reciprocidad en fase funcional. Por tanto, para su calificación como créditos contra la masa no basta con que las obligaciones hayan sido

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 146-147.

pactadas desde un inicio como recíprocas, sino que ese carácter debe persistir una vez que se haya declarado el concurso. Si esta reciprocidad no persiste, el crédito del acreedor será declarado como concursal con privilegio especial.

Así pues, la importancia de la existencia o no de la reciprocidad en fase funcional es tal que determina su calificación como crédito contra la masa (art. 61.2 LC) o como concursal (art. 90.1 4º LC).

3. El contrato de arrendamiento financiero puede imponer, como hemos dicho, obligaciones de carácter recíproco a ambas partes al momento de la declaración del concurso de acuerdo con lo pactado y, en su defecto, al contenido natural del contrato. En este sentido cabe hacer mención de la STS 3062/2013, que determina que la autonomía de la voluntad permite la modificación, o incluso supresión, de los elementos característicos de los contratos de arrendamiento, pudiendo así «*estipularse pactos que desnaturalicen los aspectos arrendaticios*». De hecho, la reglamentación básica que ofrece el 1554 CC puede llegar a entenderse más como obligaciones integradas dentro del principio de *pacta sunt servanda* que como unas auténticas contraprestaciones recíprocas a cargo del arrendador, no pudiéndose alegar, por tanto, como tal a efectos de demostrar ese nexo de reciprocidad *funcional* tras la declaración del concurso.

Conclusión. Como vemos, la solución a la controversia no radica tanto en dónde encuadrar *en todo caso* las cuotas de *leasing* vencidas tras la declaración concursal, sino más bien en clasificarlas *caso por caso*. De esta forma, se puede sintetizar que aquellas obligaciones pendientes para ambas partes que conserven características de reciprocidad contractual una vez abierto el concurso se computarán como créditos contra la masa, como ordenan los arts. 61.2 y 84.2 6º LC, y gozarán de la correspondiente preferencia de cobro (art. 154.1 LC).

Por el contrario, aquellas otras que no las conserven y se hallen cumplidas tan sólo por una de las partes y no por la otra al mismo tiempo se calificarán como créditos concursales con privilegio especial, según el art. 90.1 4º LC. La exigencia de esta comprobación *caso a caso* es consecuencia directa de la autonomía de la voluntad contractual, que señalará en cada negocio de *leasing* si existe o no esa relación de reciprocidad tras el auto de declaración que da inicio al procedimiento concursal

SECCIÓN V

La satisfacción de los acreedores: Convenio y Liquidación

Constada la insolvencia del deudor mediante la declaración de concurso y suspendido, en virtud de esta declaración, el régimen general de pagos y reclamaciones individuales, resulta preciso poner en marcha los mecanismos concursales tendentes a lograr la efectividad de los distintos créditos de forma proporcional y equitativo, sin otra preferencia que aquella que la Ley expresamente reconozca.¹⁵

Pero, con anterioridad a tomar la decisión entorno a cuál sea la solución del concurso que más convenga a los interés del concurso y, muy especialmente, a la satisfacción de los acreedores, se hace preciso determinar, con la mayor exactitud posible, cuáles son los activos de los que dispone el deudor y cuál el pasivo al que hay que hacer frente, lo que tiene lugar en la fase común del concurso, que se inicia con el auto de declaración de concurso y concluye con la presentación del informe de la administración.

Convenio y liquidación constituyen las soluciones del concurso previstas en la Ley, siendo el convenio la forma de resolución del procedimiento orientado a la satisfacción de los acreedores en el marco de la continuación de la actividad y la conservación de la empresa del concursado, destacando entre las medidas previstas para facilitar esta solución la admisión de la propuesta anticipada de convenio, que el deudor puede presentar con la propia solicitud de concurso voluntario o, en el caso de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, acompañado de la adhesión de los acreedores, lo que permite su aprobación judicial durante la fase común, con un notoria economía de tiempo, y evita un agravamiento en el deterioro de la situación patrimonial del concursado.

En caso de no aprobarse la propuesta anticipada, ni el concursado optar por la liquidación de su patrimonio, la fase de convenio se abre una vez concluido el trámite de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

La liquidación en el concurso de acreedores, se configura como una solución alternativa a la de convenio a la que puede optar el deudor, en cualquier momento, si bien, cuando su apertura tiene lugar de oficio o a solicitud de la administración concursal o de

¹⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: *El proceso concursal*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015. Pp. 24 y ss.

los acreedores, se configura como una solución excepcional que solo opera cuando no se alcance o se frustre la ejecución de un convenio.¹⁶

La fase de liquidación tiene por objeto, como su propio nombre indica, la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso para con el producto obtenido proceder a su distribución entre los acreedores por el orden de preferencia establecido legalmente, realización que tiene lugar de conformidad con el plan de liquidación elaborado por la administración concursal.¹⁷

En el caso de no aprobarse el plan de liquidación y, en su caso, en lo que no prevea el plan aprobado, se aplicarán supletoriamente las reglas legales sobre realización de bienes y derechos de la masa activa del concurso, en donde, al igual que sucede con el plan de liquidación, se reflejan la voluntad del legislador de conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integrados en la masa, fomentando la transmisión global de la empresa y la conservación de los puestos de trabajo.

La aprobación de un convenio que, por la cuantía de la quita o la duración de la espera, resulte especialmente gravoso, y la apertura de la liquidación, dan lugar a la formación de la sección de calificación, reservándose la calificación de culpable a los casos en los que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso.

La declaración del concurso como culpable origina el nacimiento de una serie de efectos, tanto personales como patrimoniales, que habrán de ser declarados en la misma sentencia de calificación, destacando la posibilidad de que el Juez condene a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales de la persona jurídica, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, a la cobertura, total o parcial, del déficit, condicionándose dicho pronunciamiento a la concurrencia de una serie de presupuestos

¹⁶ *Fase de liquidación del concurso de acreedores: apertura y efectos de la fase de liquidación, especialidades de la transmisión de unidades productivas, operaciones de liquidación, pago a los acreedores y pago de créditos.* Artículo, Iberley. Recurso en línea: <https://www.iberley.es/temas/fase-liquidacion-concurso-acreedores-45161>

¹⁷ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO. *La liquidación*. Artículo publicado en Revista Poder Judicial, nº XVIII-2004.

EL CONVENIO

El convenio es una operación compleja, en la que cabe distinguir la tramitación tanto ordinaria como anticipada, al respecto de proposición anticipada de convenio merece la pena recalcar a efectos ilustrativos su escasa frecuencia, así en el 2018 de 5.287 presentaciones de concurso voluntario que hubo, tan solo se produjo la presentación de esta en 17 ocasiones.¹⁸

La tramitación comprende en ambas situaciones la propuesta, aceptación y la aprobación judicial, y la ejecución, que, a su vez, comprende tanto la determinación de sus efectos como el régimen de su cumplimiento o de su incumplimiento. La complejidad del convenio justifica que la doctrina lo explique desde la teoría contractualista, procesalista e intermediaria, dado que, en efecto, el convenio comprende tanto un contrato entre el deudor y sus acreedores como un acto procesal de aprobación judicial.

El artículo 99 de la Ley Concursal determina que toda propuesta debe formularse por escrito y ser firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes. Además, si la propuesta contiene compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los comprometidos o sus representantes.

Además, deberá ir acompañada siempre de un plan de pagos y, en caso de continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado, se acompañará también de un plan de viabilidad, en el que se especificarán los recursos necesarios, los medios y condiciones para su obtención y, en su caso, compromisos de su prestación por terceros. Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio (artículos 100.4 y 5 LC).

En cuanto al contenido:

1. La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas (artículo 100.1).
2. No obstante, se prohíben los convenios de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas y de cesión en pago de

¹⁸ Según los del citado Informe de Estadística Anual de Procedimiento Concursal de 2018 del CGPJ.

bienes o derechos a los acreedores, salvo que se trate de cesiones en pago de bienes o derechos no necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial, o de bienes afectos a créditos con privilegio especial; y ello, sin perjuicio de que el convenio pueda incluir tanto la fusión, la escisión como la cesión global del activo y pasivo de la persona jurídica concursada. También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, siempre que el adquirente asuma la continuidad de la actividad empresarial o profesional (artículo 100. 2 y 3).

3. La protección del legislador mercantil a la tutela del derecho de cobro del acreedor concursal se plasma en la prohibición de los convenios que alteren la clasificación de créditos legalmente prevista. Esa prohibición no impide que se ofrezca, como proposición alternativa, a todos los acreedores o a los de una clase, con excepción de los acreedores públicos, la posibilidad de conversión del crédito en acciones, participaciones, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original (artículo 102).

4. La propuesta no podrá ser condicionada, de manera que cuando su eficacia se someta a condición se tendrá por no puesta, salvo en caso de concursos conexos, en los que la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio en otro u otros de los concursos acumulados (artículo 101).

LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.

- **Presentación de la propuesta.** La facultad de presentar propuesta anticipada de convenio se concede solo al deudor. Pero no a cualquier deudor, sino al deudor que no ha pedido la liquidación y, sobre todo, que no halle afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 105.1 LC: 1. Haber sido condenado en sentencia firme por delitos económicos. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por esos

delitos alguno de sus administradores o liquidadores, o quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio. 2. Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales. La PAC se podrá presentar desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos.

- **Admisión a trámite.** La propuesta anticipada tiene que ir acompañada de adhesiones de acreedores cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor o la décima parte en caso de que la propuesta se presente simultáneamente con la solicitud de concurso (artículo 106).

- **Informe de la Administración Concursal.** Admitida a trámite la propuesta, corresponderá a la AC emitir un informe en el que evaluará el contenido de la propuesta, atendiendo al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad. Si la evaluación es favorable, se unirá al informe de la administración concursal, pero si es desfavorable o contiene reservas, el juez puede dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o bien optar por la continuación de su tramitación (artículo 107).

- **Adhesión de los acreedores.** La aceptación de los acreedores tiene lugar necesariamente por escrito, a través de adhesiones, que deberán ser puras y simples y prestarse ante el Secretario del Juzgado en que se tramite el concurso o en instrumento público (artículo 108).

- **Aprobación del convenio.** Tanto en este caso como en el de tramitación ordinaria del convenio, la Ley Concursal distingue un *trámite de verificación de las adhesiones* y un *trámite de aprobación judicial* (artículo 109). También cabe oposición y rescisión en los términos que luego veremos.

- **Mantenimiento de la propuesta no aceptada.** La falta de aprobación judicial del convenio no conduce necesariamente a la falta de liquidación, dado que el concursado puede optar también por mantener la propuesta para su tramitación por la vía ordinaria o incluso por presentar una nueva (artículo 110).

LA TRAMITACIÓN ORDINARIA DEL CONVENIO.

- **Presentación y tramitación de la propuesta.** Si el concursado no hubiera optado antes por la liquidación ni se hubiese aprobado un convenio anticipado, el juez dictará necesariamente auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la fase de convenio. En ese auto, además, se ordenará convocar la junta de acreedores (artículo 111). La propuesta ordinaria de convenio podrá ser presentada tanto por el deudor como por acreedores que superen el veinte por ciento del total pasivo, en dos periodos distintos (artículo 113). El primer periodo se extiende desde la finalización del plazo de comunicación de créditos hasta la finalización de fase común y el segundo, que tiene carácter subsidiario, comprende desde el momento de la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración. (artículo 114.1 y 3). Presentada una propuesta, el juez deberá analizar si cumple las condiciones de tiempo, forma y contenido legalmente exigidas, determinando su admisión o no a trámite, en cuyo caso decretará de oficio la apertura de la fase de liquidación (artículo 114.3 y 143.1). Si la admite a trámite, la AC evaluará su contenido, en relación con el plan de pagos y el plan de viabilidad (artículo 115).

- **La aceptación de la propuesta.** Para que una propuesta de convenio se considere aceptada por la junta (la junta se entenderá constituida con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo del concurso que pudiera resultar afectado por el convenio, excluidos los acreedores subordinados) serán necesarias las siguientes mayorías:.

a) El **50** por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; esperas con un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. No obstante, cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra.

b) El **65** por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio contenga esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez; quitas superiores a la mitad del importe del crédito, y, en el caso de acreedores distintos

de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo.

Los acreedores privilegiados disidentes quedarán también vinculados al convenio cuando concurren las siguientes mayorías de acreedores de su misma clase: laborales, públicos, financieros y resto de privilegiados (artículo 134):

a) El **60** por ciento, cuando se trate de una propuesta de convenio que contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito y esperas con un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

b) El **75** por ciento, cuando la propuesta de convenio contenga esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez; quitas superiores a la mitad del importe del crédito, y, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo.

- La aprobación judicial. Aceptada una propuesta por los acreedores se somete a la aprobación judicial. Por una parte, el juez podrá rechazar de oficio el convenio aceptado si apreciase que se ha infringido alguna de las normas sobre el contenido del convenio, sobre la forma o en el contenido de las adhesiones o sobre la tramitación escrita, la constitución o celebración de la junta (artículo 131.1 LC).

Por otra, en el plazo de diez días, a contar, según los casos, desde la fecha de conclusión de la junta o desde el día en que el Secretario judicial hubiera verificado que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal, puede presentarse oposición a la aprobación del convenio (artículo 128 LC). La oposición puede fundarse en la infracción legal de las normas sobre el contenido del convenio, la forma o el contenido de las adhesiones, las reglas sobre tramitación escrita, la constitución o celebración de la junta o en la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio. En caso de infracción legal, se atribuye legitimación a la AC, a los acreedores no asistentes, a los que hubiesen sido ilegítimamente privados de voto y a los que hubiesen votado en contra de la propuesta aceptada; y, en caso de tramitación escrita, a los que no se hubiesen adherido a la propuesta. En caso de inviabilidad, la legitimación se restringe a la AC y a los acreedores que, encontrándose en las situaciones antes descritas, sean titulares de, al menos, el cinco por ciento de los créditos ordinarios.

Dentro de ese mismo plazo de diez días, el concursado que no hubiese formulado la propuesta de convenio aceptada ni hubiese prestado su conformidad podrá oponerse a la aprobación judicial de convenio por infracción legal de contenido o de forma o solicitar

la apertura de la fase de liquidación. Si no presentará oposición ni solicitara la apertura de la fase de liquidación, quedará sujeto al convenio que resultare aprobado (artículo 128.3 LC).

LOS EFECTOS DEL CONVENIO. En principio, el convenio adquiere plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación, aunque el juez puede acordar la suspensión parcial de su cumplimiento si se recurre la sentencia referida (artículo 133.1 LC). La primera consecuencia que merece destacarse es que, desde la eficacia del convenio, el deudor deja de estar sometido a las limitaciones y los efectos de la declaración del concurso - los previstos en los artículos 40 a 73 LC-, con lo que recupera su capacidad, siempre que el propio convenio no imponga prohibiciones o limitaciones al ejercicio de sus facultades de administración o disposición (artículo 137.1 LC). Si no es así, el deudor tan sólo mantiene los deberes generales de colaboración e información (artículo 42 LC) y la obligación de información semestral al juez del concurso acerca de su cumplimiento (artículo 138 LC). En consonancia con lo anterior, a partir de ese momento, cesan en su cargo los administradores concursales, aunque, seguidamente, el convenio puede encomendar a todos o algunos de ellos determinadas funciones hasta su íntegro cumplimiento y, especialmente, las relativas a su seguimiento. En cualquier caso, producido el cese, los administradores concursales deben rendir cuentas ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale (artículo 133.2 II LC).

En cuanto a la extensión subjetiva del convenio aprobado, destacar que vincula al deudor y a los acreedores concursales. Así, el convenio vinculará a los acreedores ordinarios y también a los subordinados, que privados de voto, quedan igualmente afectados por las quitas y esperas establecidas en el convenio para los acreedores ordinarios, si bien, para ellos, dada su condición de acreedores degradados, los plazos de espera se computan a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los créditos ordinarios, quedando, no obstante, a salvo la facultad de aceptar, conforme al artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales o créditos participativos (artículo 134.1.II). En principio, la aprobación de un convenio no afecta a los acreedores privilegiados. Para que les vincule es necesario que se sometan voluntariamente al mismo antes de su aprobación mediante la emisión de su voto a favor de la propuesta o mediante su adhesión a la propuesta aprobada, o, incluso, después, porque también se faculta a los acreedores privilegiados para vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez,

mediante adhesión prestada en forma -según los requisitos del artículo 103 LC- en cualquier momento anterior a la declaración judicial de su cumplimiento (artículo 134.2 LC).

Todo ello sin perjuicio de que los acreedores privilegiados puedan verse vinculados por el convenio cuando, dentro de cada clase de acreedores privilegiados (artículo 94.2 LC), concurren las mayorías previstas por la norma (artículo 134.3 LC). Los acreedores con garantía real que no se vean afectados por el contenido del convenio podrán iniciar o continuar la ejecución o realización forzosa de la garantía desde el momento de la aprobación del convenio (artículo 56.1 LC). Respecto a los efectos del convenio sobre otros obligados que los son conjuntamente con el concursado; en concreto, sobre los obligados solidarios, incluidos los avalistas y los fiadores, la Ley ha optado por regular la cuestión de forma distinta en función de si el acreedor ha votado o no a favor del convenio.

En efecto, si el acreedor no ha votado a favor del convenio, subsisten íntegramente sus derechos frente a los obligados señalados, por lo que puede reclamar el importe total de su crédito (artículo 135.1 LC). En cambio, si el acreedor hubiese votado a favor del convenio, la responsabilidad de los obligados citados se rige por las normas aplicables a la obligación que hubieran contraído (artículo 1852 CC, en el caso de la fianza) o por los pactos que, sobre el particular, hubieran establecido (artículo 135.2 LC).

Después de lo expuesto, ya estamos en condiciones de señalar que el convenio produce efectos novatorios respecto de los créditos ordinarios y subordinados en todo caso y también respecto a los privilegiados que hubiesen votado a favor o que puedan verse vinculados por el convenio, por lo que quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio (artículo 136 LC).

CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO. La Ley Concursal vincula la conclusión del concurso, no a la aprobación del convenio por el juez sino a su cumplimiento. Por eso, con periodicidad semestral, contada desde la fecha de la sentencia aprobatoria del convenio, el deudor debe informar al juez acerca del mismo (artículo 138 LC). Una vez lo estime cumplido íntegramente, ha de presentarle el informe correspondiente con la justificación adecuada y solicitar la declaración judicial de cumplimiento. No obstante, el correspondiente auto de conclusión del concurso sólo lo dictara el juez cuando sea firme el auto de declaración de cumplimiento y haya

transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, cuando hayan sido rechazadas por resolución firme las acciones presentadas (artículos 141 y 176.1.2º LC). Y es que, al igual que el concursado puede solicitar la declaración del cumplimiento, cualquier acreedor que estime incumplido el convenio *en lo que le afecte* puede solicitar del juez la declaración de incumplimiento. La declaración de incumplimiento conlleva la resolución del convenio y constituye causa de apertura de oficio de la fase de liquidación (artículo 143.1.5º LC)., y ello porque *el convenio es una de las dos formas alternativas a través de las cuales los acreedores concursales obtienen la satisfacción de los créditos reconocidos en el concurso. Si el convenio fracasa, el acreedor tiene el derecho a que esa satisfacción se produzca a través de esa otra forma alternativa en que consiste la liquidación.*¹⁹

La solicitud de incumplimiento se tramita por el cauce del incidente concursal y contra la sentencia que resuelve el incidente cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (artículo 140.2 y 3 LC).

En el caso de que la sentencia resuelva que se ha incumplido el convenio, se declarará la resolución del mismo y supondrá la desaparición de los efectos sobre los créditos a los que se refiere el artículo 136 (art. 140.4). Por virtud de la declaración judicial de incumplimiento del convenio se produce, pues, el resurgimiento de aquellos créditos que hubieran quedado afectados por el contenido del convenio, que vuelven al estado anterior al de la aprobación judicial.

La finalidad de la norma es permitir que los acreedores afectados por el convenio y aún no satisfechos puedan participar en la liquidación como lo hubieran hecho si no hubiera existido el arreglo.

Pero la eficacia del convenio desaparece sólo para las quitas parciales y para las esperas, que constituyen el contenido esencial del convenio. Por el contrario, no desaparecen los efectos de cualquier otro acuerdo de reestructuración incluido en el convenio (v. gr.: no quedan afectadas las cláusulas en las que se hubiera previsto la conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, o los acuerdos de enajenación de una parte de los activos y de cesión de parte del pasivo concursal a un tercero).

¹⁹ Campuzano Laguillo, Ana Belén. GPS Concursal Guía Profesional 2019 Ed. Tirant Lo Blanch, 2019, pág 624.

La razón es que sólo los pactos de quita y espera modifican el contenido de los créditos (art. 136). Evidentemente, no quedan afectados por el resurgir de los créditos aquellos acreedores que hubieran sido íntegramente satisfechos en atención a lo pactado en el convenio.

No obstante lo anterior, la norma dispone que si el incumplimiento del convenio afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio cuando concurren las mayorías requeridas (art. 134.3) o se hubiesen adherido voluntariamente al mismo, estos acreedores podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En tal caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso (art. 140.4-II; la previsión procede de la reforma debida al Real Decreto-ley 11/2014, convalidado por la Ley 9/2015).²⁰

I. LA LIQUIDACIÓN

A) Apertura de la liquidación a solicitud del deudor, del acreedor o de la administración concursal. El deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento y deberá pedirla cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4.

Se dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 y resolverá el juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación. En caso de cese de la actividad profesional o empresarial, la administración concursal podrá solicitar la apertura de la fase de liquidación. De la solicitud se dará traslado al deudor por plazo de tres días. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto (artículo 142).

²⁰ Campuzano Laguillo, Ana Belén. GPS Concursal Guía Profesional 2019 Ed. Tirant Lo Blanch, 2019, pág 626

B) Apertura de oficio de la liquidación. La liquidación se abrirá de oficio por el juez: siempre que fracasa la solución convenida, bien porque no llegase a presentarse o admitirse a trámite ninguna propuesta de convenio, porque no haberse aceptado en junta de acreedores o en la tramitación escrita o por no haberse aprobado por juez o por haberse declarado la nulidad o el incumplimiento del convenio (artículo 143).

II. Efectos de la apertura de la liquidación. La apertura de la fase de liquidación produce efectos específicos sobre el concursado y sobre los créditos concursales; efectos que deben añadirse a los generales de la declaración del concurso (artículo 147):

Durante la fase de liquidación se produce un efecto común para las personas físicas y para las jurídicas: en ambos casos, se prevé la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del concursado (artículo 145.1), suponiendo que las conservase, lo que constituye la regla general en el concurso voluntario (artículo 40).

Si el concursado es persona física, la apertura de la liquidación produce la extinción del derecho de alimentos con cargo a la masa (artículo 145.2). Si el deudor es persona jurídica se producen, además, los siguientes efectos: 1º. La disolución si no estuviese acordada ya (artículo 145.3), dado que aunque la declaración de concurso no constituye causa de disolución, la junta puede adoptar acuerdo de disolución por esa causa; 2º. En su caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (artículo 145.3).

En relación con los créditos, y con el objeto de cuantificar con exactitud la masa pasiva, la apertura de la liquidación produce dos nuevos efectos: el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, cuyo importe se determina realizando el descuento correspondiente, tomando como base el plazo de anticipación y el tipo de interés legal (artículo 159), y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones (artículo 146).

LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN

- **Plan de Liquidación. Artículo 148.**
- **Reglas legales supletorias. Artículo 149.**

Cualquiera que sea la forma seguida para llevar a cabo la liquidación, si el concursado es titular de una empresa y tiene trabajadores a su cargo existe un principio general de conservación de la empresa, por lo que se fomenta su transmisión global y la conservación de los puestos de trabajo.

PAGO DE LOS CRÉDITOS

1. **Reglas especiales de pago.** En la regulación del pago, junto al orden en que los acreedores han de ser satisfechos, cuyas normas generales han sido anteriormente ya descritas. la Ley Concursal contiene determinadas normas que tienen por objeto aclarar cuestiones de especial importancia práctica; concretamente, se refiere al pago anticipado (artículo 159 LC), a aquellos supuestos en que a la liquidación precede el cumplimiento parcial de un convenio (artículo 162 LC) y a la problemática de la satisfacción de deudas solidarias (artículos 160 y 161 LC).

Sobre el pago anticipado, como no podía ser de otra manera, indica que cuando el pago de un crédito se realizase antes del vencimiento que tuviese a la fecha de apertura de la liquidación, se hará con el descuento correspondiente, calculado al tipo de interés legal.

En relación con la segunda cuestión, dispone que, en esos casos, se presumen legítimos los pagos realizados en el convenio, salvo que se pruebe la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores. Por tanto, los que hayan recibido pagos parciales cuya presunción de legitimidad no resulte desvirtuada por sentencia firme de revocación, los retendrán en su poder, pero, para compensar a los demás, no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación haya recibido pagos en un porcentaje equivalente.

Respecto a la satisfacción de las deudas solidarias, prevé lo siguiente:

1ª. El acreedor que, antes de la declaración de concurso, haya cobrado parte del crédito parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tiene derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquellos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran el importe total de éste.

2ª. En el caso de que el crédito haya sido reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, la suma de lo percibido en todos los concursos no puede exceder del importe del crédito. Para evitarlo, la administración concursal puede retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios y, una vez efectuado éste, lo debe poner en conocimiento de los administradores de los demás concursos.

2. Modalidades especiales de satisfacción de los créditos con privilegio especial:

1º. El pago para rescate del bien, dado que durante el tiempo en que queden paralizadas las acciones con garantía real conforme a lo dispuesto en el artículo 56. 1 y 2 LC, la administración concursal puede, previa comunicación a los titulares de esos créditos, atender a su pago con (artículo 155.2 LC).

2º. Una segunda modalidad especial de ejecución concursal, en cuanto que el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, puede autorizar la enajenación de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva (artículo 155.3 I LC).

1. Causas: la conclusión por insuficiencia de masa (artículo 176 bis). Las causas ordinarias de conclusión del concurso son: el convenio y la liquidación. Junto a ellas, destaca la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa: procederá la conclusión del concurso por insuficiencia de masa (incluso en el propio auto de declaración) cuando el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa (y tales créditos no se encontrasen garantizados de forma suficiente por terceros), siempre que no sea previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable. Por eso, no podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones

hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa. En otro caso, tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso y deberá pagar los créditos de la masa conforme al orden fijado en el artículo 176 bis 2. La conclusión por insuficiencia de masa se acordará por auto.

2. Efectos de la conclusión: el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (artículo 178 bis). Si el concurso finaliza por cumplimiento íntegro del convenio o por pago íntegro de todos los créditos la finalidad del concurso habrá quedado cumplida. Pero si concluye por liquidación (sin pago íntegro de los créditos) o por insuficiencia de activo, cabe distinguir:

- Si el concursado es persona jurídica: se producirá la extinción y cancelación de los correspondientes asientos registrales (artículo 178.3), sin perjuicio de la eventual apertura del concurso si sobrevinieran bienes (artículo 179.2).

- Si el concursado es persona física: quedará responsable del pago de los créditos restantes, salvo que obtenga el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos establecidos en el artículo 178 bis. Para ello, el deudor deberá presentar una solicitud ante el juez del concurso a partir de dos posibles alternativas:

- * Que se libere de lo que resta una vez satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursares privilegiados y, si no hubieran intentado el acuerdo extrajudicial de pagos, al menos el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios.

- *o bien, si el deudor no ha conseguido satisfacer ese umbral de pasivo, se liberará de los créditos ordinarios y subordinados cuando acepte someterse a un plan de pagos por el cual las deudas no exoneradas (créditos contra la masa y créditos concursales privilegiados) deberán ser satisfechos dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso.

En principio, si se dan los requisitos, el juez del concurso concederá el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho con carácter provisional, declarando concluido el procedimiento, y si durante los cinco años siguientes ningún acreedor solicita del juez del concurso la revocación de la medida, podrá declararse su carácter definitivo.

SECCIÓN SEXTA

LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

Calificación y responsabilidad concursal (arts. 172, 172 bis y 173 LC)

La calificación del concurso sólo procede en dos supuestos²¹:

- a) Cuando se apruebe un convenio en el que se establezca una quita superior a un tercio o una espera superior a tres años.
- b) En los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

El concurso se calificará como fortuito o culpable. La calificación como culpable se dará cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor, de sus representantes legales y, en su caso de persona jurídica, administradores o liquidadores de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieren tenido cualquier de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso.

Asimismo, la LC contempla una serie de presunciones:

- a) Se presume iuris et de iure el dolo o la culpa grave (artículo 164 LC):
 - Cuando el deudor incumpla sus obligaciones en materia de contabilidad o lleve doble contabilidad, o los documentos presentados junto con la solicitud de concurso o presentados durante el procedimiento fueran falsos o tuvieran inexactitudes graves,
 - Cuando el deudor alzare bienes o antes de la declaración de concurso simulara una situación patrimonial ficticia,

²¹ THOMSON REUTERS ARANZADI *Practicum Sociedades Mercantiles 2019*, Editorial: Aranzadi Capítulo 31.

- Cuando durante los dos últimos años anteriores a la fecha de declaración de concurso hubieran enajenado fraudulentamente bienes,

- Incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.

b) Se presume la existencia de dolo o culpa grave iuris tantum cuando el deudor o sus representantes o administradores (artículo 165 LC):

- Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso,

- Hubieran incumplido el deber de colaborar con el juez y los administradores,

- No hubieran cumplido con sus obligaciones en materia de las cuentas anuales en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

- Se hubiese negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el art. 71 bis 1 o DA 4º.

Efectos. Si el concurso se calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación y contendrá, pronunciamientos recogidos en el art. 172.2 LC .

La calificación del concurso como culpable produce unos efectos patrimoniales de tal envergadura que inciden tanto sobre las personas afectadas por la calificación como sobre los cómplices, así, nos encontramos irremediabilmente con que, la sentencia de calificación ordenará:

-La pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa;

-La condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, la previsión legal abarca todos los desplazamientos patrimoniales, tanto los que tuvieran su origen en el patrimonio del deudor, con anterioridad a la declaración de concurso, como los que se hubieran producido, con cargo a la masa activa, con posterioridad a la declaración: En el primer caso, no basta con la mera traslación patrimonial, sino que la

restitución se limita a los casos en que resultare indebida. De modo que, el concurso culpable constituye una forma especial de reintegración de la masa activa, que no concede al afectado el derecho a la restitución de su contraprestación, ya que va acompañada de la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa.

En el segundo caso, todo desplazamiento patrimonial con cargo a la masa activa y en favor de los afectados por la calificación o de los cómplices genera una obligación de restitución. a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2-3.º).

- **La condena a la indemnización de los daños y perjuicios causados.** El último efecto de carácter patrimonial de la sentencia de calificación es la condena a la indemnización de los daños y perjuicios causados por los cómplices o por las personas afectadas por la calificación. La condena tiene pleno sentido en el caso de los cómplices, quienes por esta vía podrán contribuir a superar una situación de insolvencia en la que han intervenido decisivamente; pero se extiende también a las personas afectadas por la calificación. En todo caso, la determinación de la cuantía indemnizatoria deberá seguir los trámites dispuestos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y habrá de incluir el coste del propio proceso concursal abierto, es decir, la mayoría de los créditos contra la masa (art. 84.2).

De forma diferenciada se contempla, que la sentencia que califique el concurso como culpable, condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

-El art. 172 bis LC regula la responsabilidad concursal e incluye los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165 LC, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia

En el supuesto de que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, en este supuesto el Juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como a los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el art. 165 LC, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación

culpable haya generado o agravado la insolvencia. – Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el Juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso. (Art. 172 Bic LC)

Compatibilidad con otras acciones de responsabilidad

En primer lugar, en cuanto a la responsabilidad de los administradores por daños (arts. 236 a 241 bis LSC) ha de diferenciarse entre acción individual y acción social de responsabilidad. La acción individual no se modifica con el concurso de acreedores, no existen reglas que determinen una relación de coordinación entre ambas, por cuanto se considera que no existe una coincidencia entre ellas.

La acción social de responsabilidad que estuviera ya interpuesta antes de la declaración de concurso se acumulará de oficio al concurso de acreedores, siempre que se encuentre en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista (art. 51.1 LC).

Declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad (art. 48 quáter) de las que conocerá el juez del concurso, en virtud de la atribución competencial del art. 8.

En segundo lugar, por lo que respecta a la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de las obligaciones en caso de concurrencia de causa de disolución (art.367 LSC), declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado estas acciones de reclamación (art. 51 bis 1). Y, para aquellas acciones que pretendan presentarse ya declarado el concurso, se establece que los jueces de lo mercantil no las admitirán a trámite y, de admitirse, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado (art. 50.2).

A los efectos de los plazos para el ejercicio de estas acciones hay que tener en cuenta los efectos suspensivos e interruptivos que contempla el art. 60, y que fueron anteriormente abordados en lo relativo a los efectos de la declaración del concurso.

Ejecución de la sentencia.

El legislador mercantil ha determinado que la legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal, al respecto de los acreedores se prevé que habrán de instar por escrito a la administración concursal su solicitud de la ejecución, si bien su legitimación para solicitarla se supedita a que la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento.

En relación con la ejecución de la sentencia de calificación cabe destacarse también que todas las cantidades que se obtengan en su consecuencia se integrarán en la masa activa del concurso. Otra consideración para realizarse es que quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo 191/2018 de 5 de abril. Se recurre en casación una Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, es parte recurrida el administrador concursal y recurren los anteriores administradores, la sentencia de primera instancia del Juzgado de lo Mercantil contenía el siguiente fallo *Que debo: 1. Declarar culpable el concurso de ACP Climatización S.L.; » 2. Determinar como personas afectadas por la calificación a D. Torcuato y D. Carlos; » 3. Inhabilitar a D. Torcuato y D. Carlos para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona, durante el periodo de tres años; » 4. Privar a D. Torcuato y D. Carlos de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa; » 5. Condenar a D. Torcuato y D. Carlos a pagar a los acreedores concursales el 50% del importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, y a la herencia de D. Pelayo , el 30%, responsabilidad que tendrá carácter solidario ».*

En segunda instancia la audiencia falla confirmando los pronunciamientos que las resoluciones impugnadas contienen; salvo el porcentaje adjudicado a la herencia de D. Pelayo , que lo reduce y lo fija en un 15%, pero sin eximirle de la responsabilidad solidaria.

Así pues, D. Torcuato y D. Carlos interponen recurso de casación frente a la Sentencia de la Audiencia, los motivos del recurso fueron:

- Entender que la sentencia infringe el art. 164.2.6º de la Ley Concursal sobre la presunción de culpabilidad del concurso basada en la realización de actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia, al entender que la sentencia de la Audiencia Provincial contradice lo afirmado por la sentencia del Juzgado Mercantil y que si la plantilla de ACP Climatización trabajó para Illes Clima no existe ningún acto de simulación que pueda imputarse a los recurrentes, sino una actividad comercial lícita de la cual

no deben emanar las consecuencias condenatorias que el Juzgado, primeramente, y después la Audiencia les ha impuesto.

El TS desestima su argumento entendiendo que su recurso cae en un error al afirmar que la Audiencia Provincial contradice la sentencia del Juzgado Mercantil, entiende así el TS que el fallo de la Audiencia Provincial es concordante con la sentencia del Juzgado Mercantil. Pero ahondando aún más en la cuestión fáctica, el TS resuelve afirmando que el hecho de que la plantilla de la concursada trabajara para otra empresa no excluye la existencia de simulación de una situación patrimonial ficticia. Ello se debe a que, a tenor de los hechos probados, la labor de la plantilla de ACP Climatización consistía fundamentalmente en realizar la facturación sin soporte (emisión de facturas y abonos sin respaldo en operaciones reales) y con el fin de retrasar el pago del IVA, generando las anulaciones de facturas en fechas que permitirán minorar el importe del IVA y retrasar su pago.

Así pues, el TS razona que lo que se generó fue una situación patrimonial que no respondía a la realidad de la actividad comercial sino a distorsionar los ingresos de la concursada y el resultado de sus actividades. Por lo tanto, resulta de aplicación la presunción de culpabilidad del artículo 164.2.6.

- Entienden que la sentencia de la Audiencia infringe nuevamente lo establecido en el art. 164.2 de la Ley Concursal. En el desarrollo del motivo se afirma que, dado que se prestaron efectivamente servicios a Illes Clima, no se trata, por tanto, de irregularidad contable. Se añade que como los abonos y cancelaciones se llevaron a cabo en el mismo ejercicio fiscal de tal forma que no tenían el objeto de perjudicar a los acreedores, sino que eran la consecuencia de una relación mercantil ordinaria.

Profundizando en esa línea argumental, señalan que el hecho de que los abonos y anulaciones ficticios hubieran tenido por finalidad retrasar el pago del IVA no suponen un supuesto de irregularidad contable sino que su finalidad era, por una parte, la generación de intereses de demora y recargos frente a la Administración Tributaria, y por otra necesidad de acudir a financiación externa.

El Tribunal desecha su argumentación, y falla razonando que el hecho de aunque la cesión de trabajadores pueda llegar a ser efectiva, si lo que existe son asientos contables ficticios el supuesto será subsumido en el supuesto de hecho de del art. 164.2.1º de la Ley Concursal, y consecuentemente, sea reputado como causa de culpabilidad .

Al respecto de si los abonos y cancelaciones se producían en el mismo ejercicio fiscal como fruto de una actividad comercial ordinaria y no con un ánimo de perjudicar a los acreedores, el Tribunal Supremo entiende que es una afirmación que parte de una base fáctica no fijada en la instancia. Pero, que aun en el supuesto de ser cierta, no conllevaría dejar de reputarlo como una práctica ilícita e irregular, y concurrente con el supuesto de hecho de la causa de culpabilidad.

Por su parte, el razonamiento de que la única perjudicada de la irregularidad contable habría sido la Hacienda Pública, pues, era sencillamente una forma de eludir los recargos e intereses de demora que le corresponderían por el retraso en el pago del IVA, sin que se pueda determinar que existe irregularidad contable constitutiva de causa de culpabilidad, el Tribunal sucintamente sentencia que *su manifiesta falta de fundamento excluye la necesidad de razonamientos adicionales para desestimarla..*

- El tercer motivo en el que fundamentan el recurso de casación es quizá el más interesante, y se justifica en la apreciación de que la sentencia objeto del recurso infringe la redacción vigente del art. 172 bis de la Ley Concursal, y *existe interés casacional ya que es necesario, conveniente y oportuno que el Alto Tribunal se pronuncie sobre la responsabilidad concursal a la vista de la nueva redacción del art. 172 bis de la Ley Concursal , y si puede mantenerse la doctrina recogida en las sentencias de 28/02/2013 RJ 2013/4593 ; de 14/11/2012 RJ2013/1614 ; de 06/10/2011 RJ2012/1084 ; y de 20/06/2012 RJ2012/8009*

Así, los recurrentes afirman la necesidad de que el TS resuelva sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal a la vista de la nueva redacción dada al art. 172 bis de la Ley Concursal por el Real Decreto-Ley 4/2014 y la Ley 17/2014, pues esta reforma añade que la condena a la cobertura del déficit concursal debe

ser ajustada a la medida en que la conducta que ha determinado la calificación de culpable haya generado o agravado la insolvencia.

Entienden así los recurrentes que la reforma legal tendría un carácter interpretativo sobre la normativa preexistente con la que fueron juzgados los hechos, es decir, que se habría producido la infracción legal, pues la sentencia de la Audiencia Provincial no ha justificado en qué medida la conducta de las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable puede haber generado o agravado el estado de insolvencia.

Sin embargo, TS resuelve afirmando que la cuestión planteada en este motivo ya ha sido resuelta por en la STS 772/2014, de 12 de enero de 2015 , de pleno, posteriormente el TS continúa para sentenciar que *Dicha modificación no afecta al régimen de responsabilidad concursal exigida en las secciones de calificación abiertas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto- ley 4/2014, de 7 de marzo, como es el caso objeto del recurso, por varias razones.*

Se niega, por tanto, la aplicación retroactiva de la normativa más favorable, y es que ese principio rige en las disposiciones legales sancionatorias, y la finalidad de la normativa que rige este asunto no es sancionar al administrador o liquidador como alegan los recurrentes, sino disciplinar un régimen de responsabilidad civil agravado con el que proteger los intereses de los acreedores sociales.

Profundizando en esa línea el TS *este nuevo régimen es aplicable en las secciones de calificación que hayan sido abiertas estando en vigor la reforma legal, pero no de modo retroactivo en las secciones abiertas con anterioridad, en las que regirá el régimen general de Derecho transitorio conforme al cual las normas no tienen eficacia retroactiva(...)*La consecuencia de lo anterior es que la sentencia de la Audiencia Provincial, al no establecer la relación de causalidad entre los hechos determinantes de la calificación del concurso como culpable y la generación o agravación de la insolvencia para justificar la condena a la cobertura parcial del déficit concursal, no vulnera el art. 172.bis de la Ley Concursal , en la redacción anterior al Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, tal como ha sido interpretado por este tribunal.

No obstante, pese a no aplicarse el nuevo régimen jurídico contenido en el art. 172 bis 1, la Sentencia resulta clarificadora en relación al cambio que supone en cuanto al esfuerzo argumental y justificador específico que la Administración Concursal y Ministerio Fiscal deberá exponer en los informes de calificación para determinar cuáles son los hechos, entre todos los que se utilizaron para sostener la calificación de concurso culpable, que son susceptibles además de generar o agravar causalmente la insolvencia, mediante un razonamiento de inferencia de tipo causa-efecto, y una justificación sobre el alcance de tal efecto, delimitado por criterios de imputación objetiva.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 28^a 335/18, 8 junio.

Se trata de la sentencia que resuelve el recurso de apelación interpuesto por D. Segismundo y Dña. Miriam frente a la Sentencia del Juzgado que declaraba el concurso de COMEDORES Y SERVICIOS DE RESTAURACIÓN SL como culpable, por entender que intervino culpa grave en el incumplimiento de la obligación de presentar concurso desde que estuvo en causa de disolución y las irregularidades en la contabilidad; condenaba a los administradores, D. Segismundo y Dña. Miriam, solidariamente al pago de 489.729,58 € para la masa concursal, y a 5 años de inhabilitación para administrar bienes ajenos.

El Juzgado fundamenta su fallo en las siguientes conclusiones: (I).- Existe una irregularidad relevante en la contabilidad, al no haberse llevado Libro de actas ni de socios, ni se da cuenta debida de las operaciones con partes vinculadas, ni la venta de la filial o del estado de vehículos, incluso en leasing, " etc" , con posibilidad de una contabilidad doble. (II).- Ha existido retraso en la solicitud de concurso, ya que mucho tiempo antes del plazo legal para tal presentación, COMEDORES Y SERVICIOS DE RESTAURACIÓN SL ya estaba incurso en causa legal de disolución social. Según el Informe de Calificación del Fiscal en la solicitud de concurso voluntario se incurrió en retraso, ya que el concurso se presentó en marzo de 2013, cuando en COMEDORES Y SERVICIOS DE RESTAURACIÓN SL ya existía causa de disolución social por pérdidas desde el

año 2009. (III). - La actuación de los administradores sociales ha generado o agravado la insolvencia de COMEDORES YSERVICIOS DE RESTAURACIÓN SL, al menos en 489.729€

En relación al primer hecho, que el Juzgado subsume en la calificación del art. 165.1.1º LC indicando que "la obligación de presentar concurso en plazo razonable, dos meses dice el art. 5 desde su estado de insolvencia, fue ampliamente sobrepasada por la concursada, pues desde el ejercicio 2009 estaba atravesando esta situación, incluso incurra en causa de disolución social según la ley de sociedades de capital, sin tener en cuenta el incumplimiento de muchas obligaciones formales sobre los libros oficiales." Es una valoración basada sustancialmente en los informes de calificación. En tal sentido, la administración concursal señala que "la concursada presenta insolvencia técnica a corto plazo en todos los ejercicios contables analizados, es decir desde el ejercicio 2008/2009, también presenta fondos propios negativos desde el ejercicio 2009/2010, estando incurra en causal legal de disolución recogida en el art. 363.1.d de la Ley de Sociedades de Capital "

Por su parte, la propuesta de calificación del Ministerio Fiscal va más allá y sitúa la insolvencia en la incapacidad para hacer frente a los pagos desde el ejercicio 2008 en adelante, habida cuenta de que la misma contaba con fondos propios negativos y también presentaba solicitudes de aplazamiento de pagos.

La Audiencia resulta clara en cuanto a las exigencias del examen de los hechos que se subsumen en alguna de las presunciones de calificación, no bastando así con la simple existencia de los hechos para calificar el concurso, sino requiriendo de un análisis desde la perspectiva lógico-causal respecto del efecto de generación o agravación de la insolvencia, para su imputación material, a las personas afectadas que hubieran participado en tales hechos.

Supone, por tanto, una suerte de segundo examen en el que los hechos integradores de la presunción de culpabilidad habrán de ser valorados aptos para generar como resultado causal la generación o agravación de la insolvencia, cuantificarse numéricamente la generación o agravación de la insolvencia, la determinación podrá ser cuantitativa y estimatoria, por porcentajes aproximativos

sobre la insolvencia finalmente generada o agravada, fijados tales porcentajes siempre en razonamientos causales.

En el sentido lógico del párrafo anterior, la Audiencia razona que *el único fundamento solido de las propuestas de calificación culpable para esta causa de calificación, así como el aceptado por la Sentencia apelada, se basa exclusivamente en la existencia de una causa legal de disolución en COMEDORES Y SERVICIOS DE RESTAURACIÓN SL en el ejercicio económico 2009/2010, mientras que la solicitud de presentación de concurso fue formulada en fecha de 23 de marzo de 2013. Por lo demás, debe recordarse que COMEDORES Y SERVICIOS DE RESTAURACIÓN SL cierra su ejercicio económico anual el día 31 de agosto de cada año. No es admisible equiparar la causa de disolución del art. 363.1.d) TRLSC, reducción del patrimonio social por debajo de la mitad de la cifra de capital social, con el concepto de insolvencia, y aún menos, asimilar a ésta a la presencia de meros ratios contables. En este sentido, la insolvencia, como concepto puramente jurídico, consiste en aquello que describe el art. 2.2 LC , la situación o el estado en que se encuentra " el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles ", esto es, no puede dar el debido cumplimiento, en términos de los arts. 1.113 CC , en cuanto al tiempo de cumplimiento, y arts. 1.094 y ss. CC , respecto a la formada cumplimiento, a sus obligaciones. Se trata de un fenómeno a examinar en la realidad, con las circunstancias concurrentes, con independencia del reflejo o examen contable.*

Esta última afirmación supone la afirmación de la naturaleza de contenido fáctico y jurídico del concepto de insolvencia se pone de manifiesto con la previsión del art. 2.4 LC , donde la ley fija ciertos hechos cuya presencia determina la existencia del estado de insolvencia en el deudor. Son hechos de la realidad patrimonial del deudor, en relación con su patrimonio y sus concretas obligaciones, que no atienden en ninguno de los supuestos recogidos a datos o ratios contables.

Por ello, a fin de fijar el momento de generación del deber de presentar concurso, por el conocimiento por parte del deudor de aquel estado de insolvencia, el art. 5.2 LC dispone que "salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor

ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del art. 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4º, haya transcurrido el plazo correspondiente" , referido a los hechos reveladores de la insolvencia que permiten la solicitud de concurso necesario por terceros legitimados.

Respecto del examen de la concurrencia en la realidad del estado insolvencia en la forma definida en al art.2.2 LC , o de cualquiera de sus hechos reveladores, art. 2.4 LC , el examen contable no es sino un elemento probatorio secundario, meramente indiciario, respecto de los medios de prueba directos sobre la presencia de aquellos hechos en la realidad fáctica. Esos elementos de prueba estaban sobradamente al alcance de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL del concurso de COMEDORES Y SERVICIOS DE RESTAURACIÓN SL, dada su posición sobre la información obrante en el concurso, al final de su tramitación, cuando se abre la sección de calificación, ya de fácil acceso. Elementos tales, v. gr., como la proporción y cuantía de pasivo vencido e insatisfecho anterior a los dos meses previos a la solicitud de concurso, en relación con el hecho revelador del sobreseimiento generalizado, art.2.4.1º LC ; o la existencia, cuantía y plazos de deuda tributaria, de Seguridad Social o laboral pendiente antes de ese periodo, respecto al hecho revelador del art. 2.4.4º LC , impago reiterado de deudas cualificadas.

Pero el lugar de servirse de dicho material probatorio, la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, en su informe de calificación, se atiene estrictamente para fijar la presencia de insolvencia a la remisión al dato contable sobre el patrimonio neto existente en las cuentas anuales de COMEDORES Y SERVICIOS DE RESTAURACIÓN SL. Ello, desde luego, facilita mucho la labor argumental del informe de calificación, frente al tratamiento de la información del material del concurso para acreditar las fechas de aparición de la verdadera insolvencia. Pero tal remisión, a una causa de disolución social de base contable, no es admisible. Cuando un deudor se encuentra con fondos propios negativos en su balance, es más que evidente que se encuentra en muy graves dificultades económicas. Pero de tal rasgo no se puede afirmar, sin más

razonamiento o alegación, que por tal causa no cumple sus obligaciones exigibles. Y ello porque o bien puede el deudor seguir financiándose con recursos ajenos, al obtener créditos o préstamos, que incrementarán su pasivo, y por tanto agravando cada vez más sus fondos propios negativos, pero con lo obtenido de tales créditos, ya sean de tercero, de socios o de sociedades del grupo, podría atender regularmente sus obligaciones exigibles, evitando que se encuentre en la situación descrita en el art. 2.2 LC ; o bien, incluso se produzca el pago de tales deudas por terceros, como socios o administradores.

Además, el art. 2.2 LC hace referencia, para describir la insolvencia, al cumplimiento únicamente de obligaciones exigibles, por lo que para evaluar tal situación de insolvencia no se atiende a otras, como las obligaciones sometidas a término, plazo o condición aún no vencido, las que en cambio sí aparecen computadas en el pasivo, de suerte que una cuantía importante de crédito no vencido a fecha presente sí motivaría la existencia de un importante ratio de desbalance, pero que, en cambio, por no ser vencida la misma, no quedaría englobada en la posible falta de cumplimiento de sus obligaciones por el deudor, a los efectos de predicar técnicamente su insolvencia. Desde luego, ante la grave situación que implica incurrir en fondos propios negativos, el art. 363 TRLSC impone la disolución de la persona jurídica societaria, como criterio de prudencia, para impedir operar en el tráfico jurídico a un sujeto que carece de patrimonio propio para responder de sus deudas, porque ello, tarde o temprano, motivará que no pueda satisfacerlas, pero tal situación no significa, en modo alguno que tal impago se haya producido desde el mismo momento de existencia de aquellos fondos propios negativos en la contabilidad. En idéntico sentido se ha pronunciado la SAP Madrid, sec. Mercantil (28), nº 115/2009, de 8 de mayo, FJ 4º, donde señala que:

«Tampoco la afirmación de la sentencia de que las cuentas anuales de los ejercicios 2001 a 2003 debieron reflejar la existencia de fondos propios negativos puesto que debió dotarse una provisión por riesgos ante la existencia del litigio puede fundamentar la existencia de una situación de insolvencia actual y de incumplimiento por el deudor del deber de solicitar la declaración de concurso. Como entienden el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, Secc. 3ª, de 9 de

enero de 2007 y el auto núm. 136/2008, de 17 de abril, y la sentencia de esta propia sala núm. 279/2008, de 18 de noviembre, en la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance, puesto que, el activo de un deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, poder éste seguir cumpliendo con sus obligaciones, a través del recurso al crédito personal o por otros medios (ejercicio de acciones revocatorias, actualización de balances, etc.); y a su vez, el activo puede ser superior al pasivo pero la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo liquidable a muy largo plazo) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual ».

Y definitivamente, tal distinción entre causa de disolución social por pérdidas, y el presupuesto concursal de la insolvencia, se hace reiteradamente por la jurisprudencia. En tal sentido, STS nº 269/2016, de 22 de abril en su FJ 5º.2 , al indicar que:« A su vez, en las sentencias 122/2014, de 1 de abril, y 275/2015, de 7 de mayo, esta Sala ha declarado que en la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo y la deudora carecer de liquidez (por ejemplo, por ser el activo liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación), lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual. Por ello, la asimilación que hace la sentencia objeto de recurso entre la existencia de fondos propios negativos y la situación de insolvencia no es correcta, puesto que lo primero no conlleva necesariamente lo segundo ».

Por terminar el análisis de la cuestión, ha de señalarse que el Informe de calificación de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, a modo de simple refuerzo de su alegación ya examinada sobre el retraso en la solicitud de concurso, se limita a indicar que constaba un monitorio interpuesto contra la sociedad deudora en el año 2012, un cambiario en 2013, y un embargo en 2012, sin determinar ni su cuantía, ni las deudas de origen, ni dato alguno relevante, ni

siquiera las fechas. Con ello, es imposible alcanzar conclusión alguna sobre la presencia de hechos reveladores de la insolvencia, como sería el sobreseimiento general de pagos.

Sentencia del Tribunal Supremo 574/2017 de 24 de octubre.

Se trata de una sentencia en que se resuelven el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la administración de la empresa concursada contra la sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona, y en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil, que califican como culpable el concurso de la sociedad Campesa S.A, condena también, como cómplice, a la sociedad matriz MWRC SPA de conformidad con el art. 166 LC; priva a los administradores y a MWRC SPA de cualquier derecho que pudieran tener como acreedor concursal o contra la masa; inhabilita a los administradores para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de cinco años; y condenar a los administradores y a MWRC SPA a la cobertura total del déficit del concurso de CAMPESA.

El interés de esta Sentencia radica en que aborda la regla general de que es a la administración concursal a quien corresponde la carga probatoria de los hechos constitutivos que causan la calificación de culpable del concurso, como consecuencia de *la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio* (Art. 217.7LEC).

El citado precepto de la ley rituaria implica que para enjuiciar la contabilidad concursada u operaciones transmisión activos, quienes están en mejor disposición para aportar los elementos de prueba precisos son la propia empresa en concurso y sus administradores, que son quienes formulan la contabilidad y quienes están obligados legalmente a su llevanza

Como materialización de lo anteriormente comentado se cita el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia anteriormente citada *Como regla general, corresponde a la administración concursal, la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión de la calificación culpable. Pero junto a ello, debe tenerse en cuenta que dentro de las normas de la carga de la prueba*

tiene cabida el principio de facilidad probatoria, al que se refiere específicamente el art. 217.7 LEC . Y si se trata de enjuiciar la contabilidad de la concursada o la realización de operaciones de transmisión de sus activos, resulta evidente que quienes están en mejor disposición para aportar los elementos de prueba precisos son la propia empresa en concurso y sus administradores, que son quienes formulan la contabilidad y están obligados legalmente a su llevanza.

Esta situación se ve agravada por la situación procesal de la empresa concursada pues como indica posteriormente el Tribunal *la situación de rebeldía en la sección de calificación no es del todo equiparable a lo dispuesto en el art. 496.2 LEC , porque precisamente el art. 171.2 LC supone una de las excepciones a las que se refiere el propio precepto, al equiparar la falta de oposición a la conformidad con la pretensión de calificación. Si bien no es éste exactamente el caso que se refiere el art. 171.2, porque sí hubo oposición de otros afectados, queda claro que la falta de oposición no tiene el mismo tratamiento en el proceso concursal, y específicamente en la sección de calificación, que en el régimen procesal civil general.*

El Tribunal concluye la valoración de este motivo en que fundamentan la el recurso de casación reiterando que la calificación de culpable, pese a basarse en presunciones, no solo se sirve de ellas, circunstancia que además debe ser puesta en conexión con el hecho anteriormente tratado de que fue la propia empresa concursada quien no probó que el concurso no fuera culpable, *basta con leer las sentencias de instancia para comprobar que la declaración de hechos probados no se basa exclusivamente en la aplicación de las normas sobre distribución de la carga de la prueba, sino también en la valoración de la prueba documental obrante en las actuaciones.*

**Sentencia 438/2017 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2
de octubre de 2017.**

En esta Sentencia se resuelve, y estima parcialmente, el recurso de apelación interpuesto por la administración concursada frente a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil que declara culpable el concurso de ARTES PLÁSTICAS YMESA, S.L; declara persona afectada por calificación a D. Jose Carlos, así se le la inhabilitación para

administrar bienes ajenos y para representar, legal o voluntariamente, o administrar patrimonialmente a cualquier persona por tiempo de 2 años; se acuerda la pérdida de los derechos que, como acreedor concursal, tuviese José Carlos, y se le condena a que abone a los acreedores en concepto de déficit patrimonial, el 30% de los créditos concursales que no resulten satisfechos con ocasión de la liquidación de la masa activa, la determinación de la cobertura en el 30% la determina el Juzgado al razonar que *la irregularidad contable afecta a un treinta por ciento del activo aplica el mismo porcentaje de cobertura del déficit concursal*.

En lo relativo a la irregularidad contable que fundamenta la calificación del concurso como culpable en la Sentencia del Juzgado sorprende por lo palmario que resulta. Así la Sentencia del Juzgado señala que:

Las causas que en la sentencia sustentan la calificación son las siguientes:

Irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación financiera o patrimonial.

En la contabilidad de la compañía se incluyeron dos máquinas encoladoras valoradas en 52.500 € y 84.112€, según el Balance de comprobación del ejercicio 2013. La propia concursada reconoce que habían salido de la sociedad en 2010, entregándose para achatarramiento, sin valor residual alguno. Representa un importe superior al treinta por ciento del activo, afectando a la imagen fiel de la situación patrimonial.

A la hora de calificar el concurso como culpable el Juzgado aborda la posible salida fraudulenta de bienes del patrimonio, a tenor del art. 164.2.5 LC (*Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos*). Si bien el análisis de esta circunstancia termina por no considerarla como causa de calificación culpable, pues no llegó a agravar la situación de insolvencia, puesto que la masa activa ejerció la acción resarcitoria, y se reintegró el valor económico del coche en la masa activa. La conducta enjuiciada llama la atención por lo peregrino y rudimentario de su carácter, así en palabras de la Sentencia *En fecha 15 de abril de 2013 la concursada celebró una compraventa ficticia con Edemiro (sobrino del administrador único) dirigida a distraer el vehículo BMW 320 de la masa activa del concurso(...)*D. Jose Carlos firmó el contrato de

compraventa del automóvil que salió fraudulentamente del patrimonio de la concursada en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Finalmente la sentencia determina el alcance de la responsabilidad concursal, apreciando únicamente la irregularidad contable expuesta, al entender que la distracción del vehículo, habida cuenta de que se reintegraron 6.000 euros a la masa activa, no ha agravado la situación de insolvencia. Esta apreciación se sustenta en que tras la reforma operada por el RDL 4/2014, la condena a la cobertura total o parcial del déficit debe ser en la medida en que la conducta haya generado o agravado la insolvencia.

La Audiencia razona que con la modificación (destacada en negrita) en la redacción del art. 172.bis.1 « Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, **en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia** » Habría que proceder al análisis lógico de los hechos y cómo afectan o agravan la insolvencia; y una vez realizado ese análisis proceder a la atribución de responsabilidades de los hechos anteriores.

De esta forma, la Audiencia realiza el análisis anteriormente descrito y resuelve que no existe tal certeza de que la irregularidad contable, cuya existencia no se niega, sea causa de la situación de insolvencia *La sentencia recurrida señala que la situación de insolvencia no se ha podido originar por la comisión de la irregularidad contable, que es la causa en que sustenta la responsabilidad, añadiendo que la AC no ha podido conocer con una razonable seguridad las razones que han determinado la generación o agravamiento de la insolvencia.* La inexistencia de un nexo causal entre la irregularidad contable y la situación de insolvencia provoca que la Audiencia se pronuncie del siguiente modo: *El razonamiento, que descarta la relación de la causa analizada con la generación o agravamiento de la insolvencia, es incompatible con la atribución de responsabilidad conforme al nuevo régimen legal, de naturaleza resarcitoria.*

La Sentencia de la Audiencia profundiza en la falta de acreditación suficiente del nexo causal que haga calificar el concurso como culpable, para acabar así por estimar el recurso de José Carlos, de la forma que la Sentencia concluye así: *El Tribunal no puede integrar presupuestos legales de responsabilidad concursal que quedaron sin justificar. Tampoco se sustentó la responsabilidad en que, a consecuencia de la irregularidad contable, no se pudiesen determinar las causas de la insolvencia y, por lo tanto, la incidencia de la conducta en la generación o agravación de la insolvencia. En consecuencia, ni siquiera fue afirmada la relación de la conducta con la generación o agravamiento de la insolvencia (...)por lo que debemos estimar el recurso en este aspecto, revocando la sentencia recurrida en cuanto condena a D. Jose Carlos a la cobertura de un treinta por ciento del déficit concursal.*

Sentencia de la Audiencia Provincial, 42/2015, de 16 de febrero

Es una sentencia que resuelve el recurso de apelación interpuesto por Prades Granollers, S.L., Cristóbal Sergio, Alejandra Valentina y Piedad Dulce frente a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, cuyo fallo se cita: *“Calificar como CULPABLE el concurso de PRADES GRANOLLERS, S.L.(...)Condenar a DON Cristóbal Sergio y DOÑA Piedad Dulce , como administradores de hecho, y a DOÑA Alejandra Valentina , como administradora de derecho, a la cobertura del QUINCE POR CIENTO (15%) del déficit concursal por las causas de culpabilidad previstas en el Artículo 165.1º de la Ley Concursal , en relación con el Artículo 164.1 de la misma Ley , y en el Artículo 164.2.1º de la Ley Concursal; Condenar a DON Cristóbal Sergio y DOÑA Piedad Dulce , como administradores de hecho, y a DOÑA Alejandra Valentina , como administradora de derecho, al pago de CIENTO NOVENTA MIL SETECIENTOS NUEVE EUROS CON CUARENTA Y NUEVE CENTIMOS DE EURO (190.709,49 EUR) por la causa de culpabilidad prevista en el Artículo 164.2.4º de la Ley Concursal; Condenar a DON Cristóbal Sergio y DOÑA Piedad Dulce , como administradores de hecho, al pago de UN MILLON QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS EUROS CON OCHENTA Y SIETECENTIMOS DE EURO (1.586.292,87 EUR) por la causa de culpabilidad prevista en el Artículo 164.2.5º de la Ley Concursal; Condenar a DON Cristóbal Sergio y DOÑA Piedad Dulce , como*

administradores de hecho, a la cobertura de un CINCO POR CIENTO (5%) adicional del déficit concursal por la causa de culpabilidad prevista en el Artículo 165.3º de la Ley Concursal.”

Resulta interesante la fundamentación que los recurrentes hacen de su recurso en la errónea valoración de la prueba en los aspectos que el Juzgado consideró para sentenciar en el sentido que lo hizo, así al respecto de la financiación irregular la Audiencia sentencia que *no creemos que, en sí mismo considerado, el descuento irregular de facturas, que está plenamente acreditado en las actuaciones (prácticamente todos los testigos que depusieron en la vista, empleados de la concursada, así como la administradora de derecho Sra. Alejandra Valentina reconocieron ese hecho), pueda merecer el reproche de justificar la causa general de culpabilidad del artículo 164.1 LC* , ya que no se entiende la razón por la que se puede considerar que una financiación irregular haya podido generar o agravar la insolvencia. Desde esta perspectiva, la financiación irregular consideramos que es irrelevante o neutra. De esta forma nos encontramos nuevamente con la ponderación jurídica que realizan los órganos judiciales del juego de presunciones contempladas en la Ley Concursal, y la consideración fáctica del impacto de las conductas para agravar o generar la insolvencia-

Por su parte, la Audiencia al proseguir en juicio de las causas que motivaron la calificación de culpable del concurso, aborda las transferencias de la empresa concursada a otras empresas del mismo grupo, y es que la empresa concursada forma parte de un grupo integrado por un total de 18 sociedades ubicadas fundamentalmente en el área metropolitana de Barcelona dedicadas a la comercialización de vehículos y recambios de las marcas del Grupo Volkswagen. La Sentencia nos dice que la administración concursal en su informe recoge un cuadro con las trasferencias a empresas del grupo o vinculadas. En la última de las columnas se cuantifica en 1.933.990,06 euros el importe total del perjuicio para la masa que estima que se ha producido por este concepto, y ello porque se trata de transferencias realizadas con posterioridad a la fecha en la que debió haberse instado el concurso (julio de 2010) y porque entiende que se trataba de transferencias de fondos que no respondían a una contraprestación legítima y documentalmente constatada y ejecutada, así añade que *"resulta muy dudoso que las facturas obedecieran a prestación alguna efectuada por la concursada"*, calificándolas en ocasiones de *"préstamos"* y en otras de trasferencias *"con carácter puramente gratuito y sin negocio jurídico o comercial que las ampare"*.

La Audiencia reprocha que la sentencia de primera instancia *asume el alegato de la administración concursal y concluye que en los años 2010 y 2011 se concedieron "préstamos entre empresas del grupo para intentar mantener una situación patrimonial ficticia", contribuyendo con ello a la generación o agravación de la insolvencia.*

Sin embargo, las recurrentes denuncian el escaso rigor de la administración concursal en este punto concreto y la falta absoluta de objetividad del informe pericial. Puesto que, si bien no niegan la existencia de traspasos entre empresas del grupo, sostienen que obedecen a operaciones ciertas que se remontan a ejercicios muy anteriores, quedando contrastado en el hecho de que, si se observa la lista de acreedores, afirman, se podrá observar que solo con la otra concursada, Prades MotorGranollers, S.A., también perteneciente al grupo, existía una deuda de 1.626.652,81 euros.

El análisis de las referidas transferencias lleva a la Audiencia a señalar que *Coincidimos con los argumentos de las recurrentes. Ni el informe ni la sentencia precisan con la claridad necesaria en qué consistió esa actuación culposa y, sobre todo, de dónde sale el "perjuicio para el patrimonio". No se cuestiona por las partes que las operaciones dentro del grupo constituían una práctica habitual y se remontan al menos al ejercicio 2003, cuya cuentas, auditadas, también describen en la memoria, conforme exige el Plan General de Contabilidad, esas operaciones.* El auditor de la compañía corroboró en el juicio que las empresas del grupo se prestaban servicios recíprocos, lo que es habitual en este tipo de sociedades, y que se concedían financiación. Esas operaciones tenían su reflejo en las cuentas individuales y en las consolidadas, figurando debidamente contabilizadas en el activo y pasivo de cada una de las sociedades.

Así, el informe del auditor descartó, por tanto, que se produjera la "compensación contable", como sostuvo la administración concursal en su informe, además de poner de manifiesto que los servicios que se prestaban a distintas empresas del grupo se repercutían con criterios objetivos.

La Sentencia de la Audiencia da por cierto el informe del auditor aportado por la concursada y vuelve a incidir en la ponderación que debe realizarse cómo afecta la conducta del administrador social a la insolvencia, sin que se repunte automáticamente como culpable, y exige, por tanto, un mayor grado probatorio en el informe de la AC que ponga de manifiesto el nexo causal entre la conducta irregular y la situación de insolvencia que aboca al concurso, es más, la Audiencia considera la falta de rigor

probatorio de la AC tal que ni siquiera considera que operaciones irregulares, sino simplemente ante operaciones de financiación entre las diferentes sociedades que integran el grupo, de esta forma la Sentencia señala que *incluso en el caso de que fuera cierto que se produjeron esas transferencias intragrupo que no correspondieran a operaciones reales, no por ello concurriría esta causa de culpabilidad sino que es preciso que se justifique que esa práctica ha tenido trascendencia concreta en la situación de insolvencia que se producía en el momento de instar el concurso. Esto es, no basta con acreditar las transferencias, sino que es preciso que también resulte acreditado que el resultado de las mismas fueron créditos a su favor con esas sociedades del grupo que la concursada no ha podido hacer efectivos.*

La mayor parte de esas transferencias se hicieron a sociedades que no se encuentran en concurso (es el caso de las sociedades Rafael Prades y Cía., S.L. o CGP SP Servicio Prades, S.L.) y no existe noticia en las actuaciones de que existan créditos a favor de la concursada como consecuencia de las mismas que no se hayan podido hacer efectivos. Por tanto, ante lo que estaríamos es ante una forma de financiación de las sociedades que integran el grupo que no podemos considerar siquiera que sea irregular si todas las operaciones se han llevado a las cuentas, como parece.

Sin embargo, al continuar en su análisis de las demás posibles causas de culpabilidad del concurso, la Audiencia va a determinar que sí existe una demora dolosa en la presentación del concurso, y ello porque en primer término no es controvertido que en noviembre de 2011 la concursada cesa en su actividad; que el 22 de diciembre de ese mismo año presenta la comunicación del artículo 5 bis; y que el 24 de febrero de 2012 presenta la solicitud de concurso voluntario declarándose por auto de 22 de marzo de 2012.

Ahora bien, existe discrepancias en la fecha en que se ubica la insolvencia, la sentencia de instancia, en línea con lo argumentado por la administración concursal, concluye que la situación de insolvencia se manifestó en junio de 2010, cuando la concursada deja de cumplir de forma reiterada sus obligaciones con la TGSS y la Agencia Tributaria. Mientras que la concursada ubica la insolvencia en el último trimestre de 2011, cuando se ven obligadas a cesar en su actividad por retirarles el Grupo Volkswagen la concesión y niegan los incumplimientos con las administraciones públicas, al afirmar que alcanzaron acuerdos de aplazamiento de deuda. Y sostienen que

el pasivo concursal con las entidades de créditos y con los proveedores se generó en su mayor parte a partir del mes de octubre de 2011.

Ante esta discrepancia la Audiencia resuelve indicando que si bien los impagos a AEAT y TGSS que comienzan en junio de 2010 no deben ser considerados en sí mismos como situación de insolvencia, máxime cuando se lograron sendos acuerdos de aplazamiento con las administraciones, es en ese momento cuando *la concursada inició una práctica que hemos considerado irregular y gravemente culposa, como es la obtención de financiación mediante el descuento de facturas y créditos inexistentes con terceros. Como reconoció Doña Alejandra Valentina en el juicio, a preguntas de la administración concursal, recurrieron a esa práctica por graves problemas de tesorería, destinándose los fondos al pago de gastos corrientes. Y admitió implícitamente que sin esa financiación mediante el descuento de créditos simulados no hubieran podido continuar con su actividad ordinaria.* A este respecto interesa resaltar que el perito cuantifica los "efectos ficticios" descontados en 1.456.525,41 euros.

La Audiencia entiende así que la insolvencia fue ocultada a través prácticas irregulares que escondían el estado de insolvencia que, en la práctica sufría la sociedad y surgiera entonces la obligación de solicitar el concurso en el plazo de dos meses. Lo que ha de ser puesto en relación con la definición de la situación de insolvencia que da el artículo 2.2. de la LC como la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles y que se da, tanto si el deudor no cumple puntualmente, como si lo hace con aparente normalidad, pero mediante la obtención de recursos de forma ilícita, tal como ocurre en este asunto, así lo refleja la Audiencia en su fallo al señalar que *Por tanto, es correcto sostener que a partir de septiembre de 2010 la concursada Prades Granollers venía obligada a solicitar el concurso y que no lo hizo sino quince meses después. Concorre, por tanto, la presunción de dolo o culpa grave en la generación de la insolvencia del artículo 165.1º de la Ley Concursal por incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso.*

En esta resulta particularmente interesante la forma en que aborda la irregularidad contable, y es que no se considera per se una causa de insolvencia, pero sí que resulta indubitadamente perjudicial para la AC y el órgano judicial a la hora de discernir las causas de culpabilidad del concurso, en qué medida han afectado a la insolvencia, y a quién se imputan, de esta forma nos encontramos con que la Audiencia señala con gran claridad que *“cuando entre las causas que han justificado la calificación culpable se*

encuentra la de irregularidades contables relevantes, hemos venido sosteniendo que la misma justifica suficientemente la imputación de la totalidad del déficit, particularmente en un supuesto como el presente en el que esas irregularidades se han traducido en una imposibilidad o cuando menos una enorme dificultad para la AC de conocer cuáles han sido las verdaderas causas de la generación y agravación de la insolvencia”

La Sentencia continúa precisando que: *“Es cierto que la insolvencia no puede proceder de las irregularidades contables o de las inexactitudes o de la falta de colaboración. Eso es innegable. Ahora bien, lo trascendente es que esas causas permiten imputar el déficit por una razón distinta: porque la concurrencia de las mismas ha impedido a los órganos del concurso poder conocer con una razonable seguridad, como es su obligación, a partir de las cuentas y de los documentos contables de la concursada, cuáles son las razones que han determinado la generación o agravamiento de la insolvencia”.*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 345/2018 de 15 de junio.

Esta sentencia resuelve el recurso de apelación interpuesto por Don Apolonio frente a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil que considera culpable el concurso de COAMER, SL. El interés principal de esta sentencia radica en su forma de resolver una cuestión problemática como es la situación de los créditos que se han ido devengando durante el retraso doloso de D. Apolonio en presentar el concurso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 172 bis, ese daño fue cuantificado en la Sentencia del Juzgado en 19.974,23 euros, esta cuantificación es lo que motiva la interposición del recurso, pues la relación causal es un hecho de que todas las partes admiten que produjo cierto agravamiento de la insolvencia durante el periodo de retraso. Por consiguiente, si el concurso se hubiera solicitado a tiempo, tanto la insolvencia declarada como el volumen de créditos concursales habrían sido menores. Las diferencias se centran, por tanto, en cuantificar el agravamiento producido durante el periodo de retraso.

Según consta en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Audiencia, el informe del Administrador Concursal indicó que el cálculo del agravamiento de la insolvencia durante el retraso, se podía hacer desde dos prismas distintos:

-Teniendo en cuenta la disminución de fondos propios; esta opción arroja una cifra de 73.461,74 euros, que es el resultado de sumar una disminución de activo de 68.813,61 euros a un incremento de pasivo de 4.648,13 euros.

-Cuantificando los créditos devengados durante el referido lapso temporal. Esta fórmula ofrece una cuantía resultante de 19.974,23 euros, importe de los créditos tributarios y de Seguridad Social devengados en ese período (octubre de 2013 a enero de 2015).

La AC optó por la segunda opción y cuantificarlo en 19.974,23€, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil confirmó esa elección en su fallo por entender que esa forma de cuantificar era la que ofrecía la medida en que se había agravado la insolvencia.

El recurrente sostiene su postura en que la responsabilidad concursal se configura como resarcitoria de acuerdo con la redacción actual de Ley Concursal, de tal modo que la presunción que contempla el artículo 165.1.1º LC resulta de aplicación únicamente a la calificación del concurso como culpable, sin que haya de extenderse a la responsabilidad concursal, pues esta ha de imponerse, con arreglo al art. 172 bis, *en la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*. Por ello, Don Apolonio pretende que se cuantifique el daño en 4.648,13 euros solamente, pues, es esta la cifra en la que han aumentado los pasivos y la que él entiende que ha agravado la insolvencia.

Sin embargo, la Audiencia rechaza la tesis de Don Apolonio al entender que no se debe valorar *el agravamiento de la insolvencia en función del incremento del pasivo neto exclusivamente, sin tener en cuenta los recursos del activo que se han tenido que emplear para abonar en parte los créditos generados contra la concursada en el periodo de retraso*. El rechazo a la postura del recurrente se sostiene el concepto de insolvencia que ofrece el art. 2.2 LC *imposibilidad de hacer frente a las obligaciones exigibles*, de esta forma, no se puede admitir su postura, pues pretende excluir del cálculo la disminución del activo, que como acertada y concisamente señala la Audiencia *éstos representan los recursos con los que hacer frente a dichas obligaciones*. Y es que, la cuantificación pretendida por el recurrente resultaba interesadamente incompleta.

Sin embargo, la Audiencia no va a optar por la cuantificación consistente en la disminución de fondos propios (disminución del activo + aumento del pasivo), sino que va a optar por la cuantía de los créditos que se devengaron desde la insolvencia hasta la

presentación del concurso, confirmando la sentencia de primera instancia, ello porque *Consideramos más atinada la tesis de la AC y de la sentencia recurrida, pues es un hecho admitido que en el período cuestionado se devengaron nuevas obligaciones contra el deudor. Sin embargo, en dicho periodo no se generarán nuevos recursos, ya que disminuyó el activo y aumentó el pasivo. A la vista de los datos ofrecidos, podemos concluir, conforme al principio de normalidad probatoria, que la incapacidad de hacer frente al pago de las obligaciones exigibles se vio agravada, al menos, en el importe de esas nuevas obligaciones que no dieron lugar a nuevos recursos. Por ello estimamos correcta la tesis del AC y de la sentencia de la anterior instancia, que cifran el importe del agravamiento en 19.974,23 euros.*

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Santander 61/2019 de 8 de abril

Es una sentencia que declara culpable el concurso de ECOMASA WORLD INVESTMENTS, S.L. por retraso en la presentación de la solicitud del concurso. Resulta especialmente llamativa en esta sentencia la condena que se impone a los administradores, y ello porque se condena a la cobertura del déficit concursal, pero en la cantidad correspondiente a una mensualidad, esta situación se debe a que como consta en la Sentencia, *sobre la condena a cubrir el déficit el planteamiento de la AC no es particularmente. Pese a fijar la fecha en que se debió solicitar concurso en 1 de septiembre de 2014, y haberse solicitado el concurso el 1 de septiembre de 2015 (tras comunicación art 5 bis LC el 20 de abril), parece acotarse el déficit a imputar a los Sres. Martin y Nazario en un doble sentido: solo se les imputa el producido hasta su cese el 13-2- 2015, y, particularmente, el generado "desde principios de 2015 a principios de febrero de 2015 (13/02/2015)* El motivo de que la AC acote ese tiempo en particular se debe a que, como se aclara posteriormente, si bien la insolvencia había aflorado con anterioridad, en esas fechas era aún más, y al no recibirse más aportaciones de dinero público, no se distorsiona el incremento real y efectivo de las pérdidas.

Entonces, siguiendo esta lógica, se condena a la cobertura del déficit concursal de una mensualidad, la transcurrida de enero a febrero de 2015, y dicha mensualidad es calculada conforme a una media mensual, para ello *se acude a las "pérdidas generadas*

en el primer semestre del 2015 según el balance a 30/06/2015" (...)que fueron de 2.376.857,75 €, calculando una media mensual ese semestre de 396.142,96 €, y es esa cifra de la que se sirve el Juzgado para la condena a la cobertura que sentencia.

La forma de cuantificar la cobertura del déficit concursal al que se obliga a los condenados en el fallo quizá no habría de considerarla como lo bastante clara, sin embargo, de acuerdo con el principio de justicia rogada que rige el proceso civil no puede entenderse que exista una alternativa para el sentenciador.

Sentencia del Tribunal Supremo número 279/2019 de 22 mayo

La sentencia resuelve el recurso interpuesto por D. Dámaso y D. Donato frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya que confirma parcialmente el fallo del Juzgado de lo Mercantil, pues mantiene del fallo la declaración del concurso de Refinerías Sangroniz SL como culpable, si bien matiza la responsabilidad máxima que deben responder D. Damaso y D. Donato por el déficit patrimonial del concurso y lo limita a un máximo de 440.000 euros, a diferencia de la Sentencia del Juzgado que condenaba a la cobertura del total del déficit.

La cuantificación que efectúa la Audiencia se debe a que *"(E)n el supuesto que nos ocupa cuando se declara el concurso de la sociedad en su contabilidad aparece una partida de deudores por importe de 444.000 euros que ni son conocidos ni disponen de soporte documental alguno.* La Audiencia prosigue haciendo referencia al principio que anteriormente hemos comentado, de la justicia rogada, así la SAP entiende que la AC ha acreditado este hecho, pero que ni los administradores recurrentes ni la sociedad han aportado prueba alguna que acredite que tales deudores realmente existían, y según la interpretación del art. 217 LEC que la AP, es a esa parte a quien le incumbe probar tal extremo, que efectivamente esos deudores existen. Por tanto, *la medida en que los administradores ha(n) contribuido a agravarla solvencia se puede cuantificar en la suma mínima de 440.000 euros en que ambos de consuno, como administradores de la sociedad, han alterado torticeramente la contabilidad social. Y deben responder de esta suma para cubrir el déficit.*

En el presente caso el TS estima el recurso en lo relativo a la condena a la cobertura del déficit, para ello parte del hecho de que no niega la irregularidad contable y señala su relevancia para el conocimiento de la situación patrimonial de la sociedad, pues muestra una solvencia de la que carece, mediante la presentación de unos activos

que no existen. Ahora bien, a la vista del TS esta razón justifica la incardinación de la conducta en el tipo previsto en el art. 164.2.1º LC , cuya concurrencia conlleva en todo caso la calificación culpable del concurso.

No obstante, esto supone *uno de los presupuestos de la condena a la cobertura del déficit, pero no es suficiente en sí mismo*, de tal forma que se va a requerir demostrar que las irregularidades en la contabilidad han contribuido a la generación o agravación de la insolvencia para obtener una condena a la cobertura del déficit le correspondía, además, justificar en qué medida la conducta había contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. Como se ha señalado en anteriores comentarios a jurisprudencia *Esta justificación supone, cuando menos, un esfuerzo argumentativo que muestre de forma razonable cómo la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, aunque sea de forma estimativa.*

Sin embargo, el TS va a modular esa exigencia en la carga de la prueba en determinados supuestos así *ante la imposibilidad de acreditar las causas de la generación o agravación de la insolvencia y, sobre todo, la posible incidencia de la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, debido a esta propia conducta que provoca como efecto la imposibilidad de conocer y acreditar, sea posible invertir la carga de la acreditación. Esto último puede ocurrir cuando la calificación culpable del concurso se justifica por la concurrencia de las dos primeras causas del art. 164.2 LC , las que guardan relación con la ausencia o falseo de la contabilidad y con las inexactitudes graves en la documentación aportada al concurso por el deudor concursado.* Esta excepción se debe a que son supuestos en que la conducta de los administradores concursados es lo que imposibilita determinar *qué conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, para poder condenar a la cobertura total o parcial del déficit, por eso, resulta lógico que se desplace a los responsables de la conducta las consecuencias de esa imposibilidad de conocer y se presuma esa contribución a la generación o agravación de la insolvencia.* A este respecto, no resulta ocioso señalar cómo concluye el TS, volviendo a incidir en un aspecto que ya hemos comentado anteriormente *insistimos no cabe presumir en todo caso que las irregularidades en la contabilidad relevantes para comprender la situación patrimonial del deudor generaron la insolvencia.*

Así pues, en el asunto enjuiciado el TS valora que la sentencia recurrida no justifica de forma mínimamente razonable cómo la irregularidad contable de incluir en el balance un activo ficticio, 444.000 euros por créditos de deudores varios, impide conocer las causas que han provocado la insolvencia de la sociedad, y porqué fue esa causa la que agravó la situación de insolvencia, por consiguiente, tampoco se justifica que lo hubiera hecho en la cifra de 440.000 euros y no en otra.

Sentencia del Tribunal Supremo, 138/2019 de 6 de marzo.

Esta sentencia resuelve y desestima los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por el Administrador Concursal de RL Berton S.L. contra la sentencia 225/2015, de 30 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona. En su recurso el AC reclama que la sentencia recurrida incurre en infracción del art. 172.3 de la Ley Concursal, y ello porque la Sentencia de la AP estima el recurso de alzada que interpone Diagnóstico a Bordo SL, sociedad condenada como cómplice del concurso culpable por haber colaborado en alzamiento de bienes, frente a la sentencia del Juzgado que le impone una condena solidaria a devolver a la masa el importe de 119.523,86 euros, en que se cifran los daños y perjuicios ocasionados. La Sentencia de la AP estima el recurso de Diagnóstico a Bordo S.L., y considera, por tanto, que la sentencia de instancia incurrió en un vicio de incongruencia extra petita, por cuanto la Administración Concursal y Ministerio Fiscal lo que habían solicitado era la condena a cubrir el déficit concursal, y no la indemnización por daños y perjuicios.

Así pues, habida cuenta de estos antecedentes, el AC de RL Berton S.L. recurre la sentencia de la AP para conseguir la condena de Diagnóstico a Bordo S.L a indemnizar en los daños y perjuicios causados por la colaboración en el alzamiento de bienes de la concursada, como se ha dicho anteriormente sustanciando su postura en la pretendida incongruencia omisiva que supone el incumplimiento del pronunciamiento contemplado en el art. 172.3 LC.

El TS resuelve el asunto citando su sentencia 490/2016, de 14 de julio: “los solicitantes de la calificación del concurso como culpable tienen que formular

expresamente sus pretensiones, sin que baste aducir que se encuentran implícitas en su argumentación. No se trata tanto de que se citara expresamente o no en los escritos de calificación el artículo 172.2.3 de la Ley Concursal , sino de que se pidiera expresamente la condena a la indemnización de daños y perjuicios prevista en dicho precepto"

Así, el TS confirma el fallo de la AP y rechaza que exista la pretendida incongruencia omisiva por cuanto entiende que la condena al cómplice a indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta no es un pronunciamiento que deba el incluir el órgano sentenciador en todo caso, actuando de oficio si las partes no lo han solicitado, o si su solicitud se enmarca dentro de la indefinición, ambigüedad e imprecisión del informe de la AC.

Sentencia 99/2019 del Juzgado de lo Mercantil de Gijón, de 29 de marzo.

Se trata de un asunto en que una compañía eléctrica es acreedora de una sociedad concursada, procede a la interposición de la demanda de incidente concursal frente a la Administración Concursal y Sociedad Concursada, para impugnar la lista de acreedores, en lo referente a la cuantía y calificación de los créditos reconocidos a favor, así como del inventario de bienes y derechos de la masa activa, a tenor de lo dispuesto en el art. 96 de la Ley Concursal.

La cantidad objeto de litigio son 300.000€ adeudados por Sociedad Concursada, S.L., en concepto de una provisión de fondos que realizó la acreedora en favor de la mercantil concursada para ayudarla a agilizar el cumplimiento de los requerimientos establecidos en el procedimiento de licitación administrativa correspondiente, como contrapartida la concursada adquirió el compromiso de devolver la cantidad en un plazo de 10 días desde que efectivamente resultase, como resultó, beneficiaria del referido procedimiento administrativo.

La pretensión principal de la demanda es la separación de los 300.000€ de la masa activa por entender que se trata de una cantidad que debe reputarse como un bien o depósito que es de plena propiedad de la parte actora, sobre el cual la concursada carece de cualquier tipo de derecho o garantía. Sobre esta cantidad el informe presentado por la

AC señala que *Observamos que el fondo de maniobra siempre es positivo, lo que da una imagen de solvencia de la sociedad, pero si realizamos un análisis más profundo, teniendo en cuenta el depósito de 300.000 € aportado por la sociedad Viesgo Distribución Eléctrica, S.L., en el caso de que la sociedad no hubiese contado con dicho depósito, entonces, el fondo de maniobra sería negativo en cifras en torno a los 150.000 €, lo que denotaría una situación de insolvencia en la que la sociedad no tendría capacidad de poder atender los pagos a corto plazo.*

La actora extrae de la observancia citada que la AC conoce que se trata de una cantidad correspondiente a la provisión de fondos, y que lo está considerando parte de la masa activa, por ello se exige que sean devueltos en aplicación del art. 80 LC *Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos.*

Junto a esa pretensión, de manera subsidiaria se solicita que se considere crédito contra la masa y no crédito ordinario, esta pretensión se fundamenta en que la concursada reconoce su obligación de devolución contraída como contraparte de la provisión de fondos otorgada, lo que ha de ser puesto en la relación con el contenido del artículo 84.2. 6º *“Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes:(...) Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.”*

No obstante, el Juzgado razona que debe desestimar las tesis de la acreedora por cuanto para el ejercicio de la acción pretendida debe quedar perfectamente determinado e identificado el bien en cuestión, excluyéndose la posibilidad de separación respecto de los bienes fungibles, por venir caracterizados por sus cualidades genéricas, siendo sustituibles unos por otros sin quebranto de su utilización para satisfacer necesidades humanas, siendo precisamente el ejemplo paradigmático de ellas, una suma de dinero.

Por tanto, el Juzgado razona que resulta un contrasentido hablar de crédito con derecho de separación, dado que el crédito, por su propia condición de tal está integrado en la masa pasiva (artículo 49 de la Ley Concursal) y no se puede pagar fuera de las

soluciones del concurso, convenio o liquidación, lo que excluye cualquier tipo de separación, si se pretende identificar pago con separación. Al respecto, es constante y reiterado el criterio de la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales de que << no cabe pretender la separación de la masa activa del concurso de una cantidad de dinero, en tanto que se trata, por regla general de un bien fungible indiferenciado del resto de lo de la misma especie que pueda poseer el concursado >> (por todas, Sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de Julio de 2010).

Desechada así la pretensión principal, el Juzgado procede a analizar la pretensión subsidiaria al amparo del artículo 84.2.6º de la Ley Concursal, y que se considere crédito contra la masa, al ser vencido y exigible, y, por tanto, objeto de abono conforme a la norma del devengo establecida en la Ley Concursal. El Juzgado desestima esta pretensión al argumentación no se comparte por este Juzgado, pues razona que a tenor de la prueba practicada la facultad de reintegración de la provisión de fondos surge a partir del momento en que se resuelve el contrato que vinculaba a las partes, la cual tuvo lugar en Enero de 2018, es decir, en un momento anterior a la declaración de Concurso, que fue acordado mediante Auto de fecha 18 de Junio de 2018, por lo que no puede calificarse tal crédito como crédito contra la masa y sí, en cambio, como crédito concursal.

**Sentencia núm. 3830/2015, de 12 de septiembre, del Tribunal Supremo.
Leasing.**

Esta sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por Caja Laboral Popular Cooperativa de Crédito, en que pretende que se considere crédito contra la masa y no concursal, como hacen la sentencias recurridas, el crédito correspondiente a las cuotas de leasing pendientes del concursado y devengadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso, ello por entender que esta consideración es consecuencia de la aplicación del art. 61.2 LC por cuanto, a su juicio, son obligaciones pendientes y recíprocas.

No obstante, el TS desestima su recurso, pese a reconocer que *del arrendamiento financiero en abstracto derivan obligaciones recíprocas para arrendadora y arrendataria*, exige que se concreticen esas obligaciones cuyo contenido se percibe en

abstracto, lo que puesto en relación con el principio de autonomía de la voluntad, supone que haya de tener en cuenta el concreto régimen contractual establecido en el contrato, de tal forma que analizando el referido contrato el TS razona que no la reciprocidad, al no existir obligaciones *pendientes de cumplimiento en el momento de declaración del concurso, e incluso reproduce una cláusula del contrato en la que se libera a la arrendadora financiera de cualquier responsabilidad respecto de la idoneidad, funcionamiento o rendimiento de los bienes objeto del contrato, y se subrogaba al arrendatario financiero en todos sus derechos frente al proveedor o fabricante en orden al saneamiento por evicción o vicios ocultos de dichos bienes y en orden a la exigencia de cumplimiento de las garantías de toda índole ofertadas por el proveedor o fabricante..*

Por todo ello, al entender que no existen obligaciones pendientes de cumplimiento recíprocas, el TS sentencia que no resulta de aplicación el 61.2 LC, y sí el art. 90.1.4, mereciendo consecuentemente la calificación de crédito concursal con privilegio especial.

CONCLUSIONES

- El derecho mercantil ha de conceptuarse como un molde flexible que se da a la realidad comercial, que por definición es siempre dinámica, ello queda reflejado en el reciente Real Decreto-ley 12/2019, de 11 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos de la apertura de procedimientos de insolvencia del grupo empresarial Thomas Cook.

Este RD-Ley pone de manifiesto lo expresado, y es que el legislador mercantil debe actualizarse constantemente para dar respuesta a los problemas que surgen.

- Ante la tendencia constante globalizadora presente en nuestros tiempos, el legislador, máxime el mercantil, no puede permanecer ajeno a ella y debe poner sus miras más allá de nuestras fronteras, y no simplemente por el peso del comercio exterior en el PIB, que ineludiblemente aboca a la interdependencia en un número enorme, y cada vez mayor, de sectores y empresas; sino por la propia estructura de la UE como organización supraestatal, y cuyas recomendaciones señalan como solución el acceso preventivo a marcos de reestructuración que permitan a empresarios de buena fe y que faciliten a las empresas viables llegar a la situación de insolvencia y poder continuar con el desarrollo de su actividad comercial.

- En ese mismo sentido se incardina la Exposición de Motivos de la Ley de Segunda Oportunidad al abordar la responsabilidad universal del deudor establecida en el art. 1911 Código Civil, y tratar en cierto sentido de relativizarlo al fijar como objetivo de la Ley permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes.

No resulta impertinente recordar al respecto de las deudas pendientes, sin necesidad de que hayan llegado al extremo de provocar que el deudor liquide su patrimonio, que el Banco de España en su último Informe para la Estabilidad

Financiera sigue señalando las ratios de endeudamiento como un factor de riesgo y vulnerabilidad para la economía española.²²

- Ahora bien, esta flexibilización en la responsabilidad del deudor de buena fe, requiere como contrapartida una garantía de que efectivamente se da esa conducta, pues de lo contrario se producirían abusos del deudor para no hacer frente a sus obligaciones.

El ejemplo de que la excesiva relajación o flexibilización en la responsabilidad del deudor insolvente daría lugar a abusos lo encontramos, precisamente en el país del que se importa a Europa la idea del *fresh start*, así el Congreso de EEUU en 2005 aprobó la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act, con la que se pretendía restringir el acceso a la reestructuración y exoneración del pasivo para evitar abusos.

No obstante, esta ley encontró duras críticas y se cuestionó si los intereses a los que sirvió la norma fueron los expresados, o más bien, se correspondían con los intereses de los lobbies crediticios, financieros y bancarios ²³.

- Por tanto, la ponderación que hagan tanto el legislador como el Poder Judicial de los intereses enfrentados, de un lado, la posibilidad del deudor de poder comenzar de nuevo, y de otro, la del acreedor de ver satisfechos sus créditos, implica que se ha analizar caso por caso, con rigor y conciencia, la conducta del concursado y su responsabilidad en la situación económica.

Es quizá por el interés y dificultad subyacente a este punto, por lo que se ha centrado en ese punto buena parte del análisis jurisprudencial realizado en este trabajo.

- La sanción de inhabilitación se entiende desde su concepción preventiva, pero supone un desincentivo para operar en el tráfico mercantil en el futuro, y la imposibilidad para alguien de tener otra oportunidad operando en el mercado.

²² BANCO DE ESPAÑA.: Informe de Estabilidad financiera, otoño de 2019 – Recurso en línea: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/InformesEstabilidadFinanciera/19/ficheros/ief_2019_2_Resumen.pdf

²³ Michael Simkovic, *The Effect of BAPCPA on Credit Card Industry Profits and Price* American Bankruptcy Law Journal, Vol. 83, No. 1, 2009. *The data suggests that although bankruptcies and credit card company losses decreased, and credit card companies achieved record profits, the cost to consumers of credit card debt actually increased. In other words the 2005 bankruptcy reforms profited credit card companies at consumers' expense* Recurso en línea: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1157158

En consecuencia, se trata de una medida cuya aplicación debería estar sumamente restringida y limitarse a supuestos excepcionales de perjuicio en el tráfico comercial, en los que se hayan vulnerado las normas más elementales de buen hacer.

- Resulta también problemática la excesiva dilación en el tiempo y alto coste de los procedimientos concursales, como señala el Banco de España²⁴, esta problemática resulta especialmente gravosa si se piensa en el fin del propio procedimiento, por lo que es otro punto a optimizar, del mismo que indicó la UE²⁵ en el pasado mes de junio al reclamar a los Estados miembros la homogeneización y agilización de los mismos.

²⁴ GARCÍA-POSADA, MIGUEL y VEGAS, RAQUEL: *Las Reformas de la Ley Concursal durante la Gran Recesión*, Documentos de Trabajo, nº1610, 2016, Banco de España.

²⁵ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, cuya consideración primera establece *La presente Directiva pretende eliminar tales obstáculos sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, garantizando que: las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración.*

BIBLIOGRAFÍA

- ALBARRÁN GOMEZ, M: *El tratamiento de la insolvencia de la persona natural: la exoneración del pasivo insatisfecho y el acuerdo extrajudicial de pagos*. Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Cantabria, 2015.
- ARMENTA DEU, T: *Lecciones de Derecho procesal civil*. Ed. Marcial Pons 13ª edición, 2018.
- AZNAR GINER, E: *Mediación Concursal: Los Acuerdos Extrajudiciales de Pago*. Ed. Tirant Lo Blanch, 2014
- AZNAR GINER, E: *Resumen técnico: El proceso concursal*. Ed. Tirant Lo Blanch, 2018.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*. Vol. II. Ed. Tecnos. 26ª edición, 2019.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. *GPS Concursal Guía Profesional 2019* Ed. Tirant Lo Blanch, 2019
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. II*, Tecnos. 12ª edición, 2019.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M: *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Ed. Bosch, 2ª edición, 2015.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A: *Jurisprudencia y concurso (Estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal)*. Ed. Tirant Lo Blanch, 2017.
- GARCÍA-POSADA, M y VEGAS, R: *Las Reformas de la Ley Concursal durante la Gran Recesión*, Documentos de Trabajo, nº1610, 2016, Banco de España.
- MENÉNDEZ ESTEBA, F. J: *El reconocimiento de créditos en el proceso concursal*. Ed. Tirant Lo Blanch, 2017.
- THOMSON REUTERS ARANZADI *Practicum Sociedades Mercantiles 2019*, Editorial: Aranzadi.
- VV.AA. *Problemas Actuales del Concurso de Acreedores*, Ed. Thomson Reuters, 2014

